

Estudios

- Principios UNIDROIT a través de los laudos de arbitraje internacional de inversiones
UNIDROIT principles through international investment arbitration awards
MARÍA CHIARA MALAGUTI 10
- Los contratos de distribución en Europa a través de las normas de Derecho de la competencia europeo. Las novedades aportadas por el Reglamento (UE) 2022/720 de exención de acuerdos verticales
Distribution contracts in Europe through the rules of European competition law. The novelties provided by Regulation (EU) 2022/720 on the exemption of vertical agreements
ISABEL ANTÓN JUÁREZ 24
- El proceso europeo de escasa cuantía. Luces y sombras de un proceso clave para la reclamación transfronteriza de pequeñas deudas en la Unión Europea
European small claims procedure. Lights and shadows of a key process for claiming small debts in the European Union
ISABEL ANTÓN JUÁREZ 63
- La corrupción en las inversiones internacionales. Análisis de los efectos jurídicos de la corrupción en el arbitraje de inversiones ante el CIADI
Corruption in international investments. Analysis of the legal effects of corruption in ICSID arbitration
LAURA ARAGONÉS MOLINA 88
- Deberes de transparencia del Reglamento 2019/1150(P2B Regulation) para prevenir la discriminación algorítmica del consumidor en los sistemas de prelación de ofertas
Ranking transparency guidelines in Platform-to-Business Regulation to prevent algorithmic discrimination of consumers
CRISTINA ARGELICH COMELLES 129
- Allanando el camino para el reconocimiento de las ventas judiciales de buques celebradas en el extranjero. Análisis comparado de los procedimientos de venta judicial en jurisdicciones seleccionadas
Paving the way to recognising foreign judicial sales of ships. A comparative analysis of judicial sale proceedings in selected jurisdictions
YING-FENG SHAO / LAURA CARBALLO PIÑEIRO / MAXIMO Q. MEJIA JR. 136

La Ley aplicable a los contratos internacionales en la historia de los conflictos de leyes <i>Law applicable to international contracts in the history of the conflict of laws</i> JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	161
Algunos problemas relacionados con la integración de los miembros de la comunidad islámica en el sistema español de Seguridad Social <i>Some problems related to the integration of members of the Islamic community in the Spanish Social Security System</i> MARÍA JOSÉ CERVILLA GARZÓN	222
Delimitación de la residencia habitual como principal criterio de competencia en el derecho europeo de familia y normas de aplicación en defecto de Estado miembro competente ante la reciente doctrina del TJUE: desde un posible foro de la nacionalidad del demandado encubierto a supuestos claudicantes <i>Delimitation of habitual residence as the main attributive criteria of jurisdiction in european family law and applicable rules in the absence of a competent member state in accordance with the recent doctrine of the CJEU: from a possible undercover forum on the nationality of the defendant to faltering cases</i> CLARA ISABEL CORDERO ÁLVAREZ	254
Los guardianes de acceso al metaverso. (Re)pensando el Derecho de la competencia de la Unión Europea <i>The guardians of access to the Metaverse. (Re)thinking the European Union Competition Law</i> JONATÁN CRUZ ÁNGELES	275
A comparative study of the reimbursement of extrajudicial attorneys' fees <i>Un estudio comparado sobre el reembolso de gastos extraprocesales de asistencia letrada</i> DAVID CUENCA PINKERT	297
La incidencia del derecho de consumo en el crowdfunding financiero <i>The incidence of Consumer Law on financial crowdfunding</i> CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO	313
La determinación de la residencia habitual en las crisis matrimoniales transfronterizas y la importancia de su fundamentación en las resoluciones judiciales <i>The determination of habitual residence in international marital crises and the importance of its legal substantiation in judicial decisions</i> LAURA GARCÍA ÁLVAREZ	356
The push for the international regulation of cross-border access to electronic evidence and human rights <i>El impulso para la regulación internacional del acceso transfronterizo a las pruebas electrónicas y los derechos humanos</i> ANA GASCÓN MARCÉN	385
Las cláusulas de elección de foro en los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. Los arts. 251 y 468 de la Ley de Navegación Marítima <i>Jurisdiction agreements in contracts for the carriage of goods by sea under bill of lading. Arts. 251 and 468 of Spanish Maritime Navigation Act</i> AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	403
Algunas notas sobre el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena <i>Some notes on indigenous law and special indigenous jurisdiction</i> PROF. DRA. MARÍA DEL ÁNGEL IGLESIAS	422
A la vuelta de treinta años. La implementación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, tarea conjunta y progresiva del legislador y los jueces <i>Thirty years on. The implementation of Directive 93/13 on unfair terms, a joint and progressive task of legislators and judges</i> CARMEN JEREZ DELGADO / FRANCISCO VERDÚN PÉREZ	442

Settlement of inheritance relations in bilateral international agreements of Ukraine with foreign states on legal assistance in civil cases <i>Arreglo de relaciones de herencia en acuerdos internacionales bilaterales de Ucrania con estados extranjeros sobre asistencia legal en casos civiles</i> OLEKSANDRA O. KARMAZA / OKSANA O. HRABOVSKA / OLENA S. ZAKHAROVA	461
Lecciones del Covid-19. El incumplimiento previsible como una alternativa viable frente a la fuerza mayor y hardship del Art. 79 CISG <i>Lessons from Covid-19. Anticipatory breach as a feasible alternative to force majeure and hardship under Art. 79 CISG</i> JULIÁN LOZANO HERNÁNDEZ	470
Marcas no tradicionales. Especial referencia a la marca patrón, la marca de posición y la marca de color <i>Non-traditional marks. Special reference to the pattern mark, the position mark, and the colour mark</i> MARÍA DEL MAR MAROÑO GARGALLO	491
Los órganos de tratados de las Naciones Unidas como alternativa limitada para la salvaguarda de los derechos humanos en España <i>United Nations treaty bodies as a limited alternative for the protection of human rights in Spain</i> ENRIQUE J. MARTÍNEZ PÉREZ	517
Consideraciones sobre el control de oficio de la competencia en el ámbito de los Reglamentos europeos de familia y sucesiones <i>Considerations on the ex officio examination of jurisdiction in European family and succession Regulations</i> PABLO M. MELGAREJO CORDÓN	549
El TJUE y el Derecho internacional privado. Ante la digitalización de bienes y servicios <i>The CJEU and the International Private Law. Facing the digitalization of goods and services</i> MIGUEL-ÁNGEL MICHINEL ÁLVAREZ	573
Adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Encaje del ordenamiento español en una tendencia de Derecho comparado flexibilizadora de los procesos de formación de la voluntad social <i>Adoption of written resolutions and without a meeting. The fit of the the Spanish legal order into a trend of comparative law that makes the processes of company will formation more flexible</i> LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO	610
Los negocios internacionales de electricidad. El mixti fori de lo público y lo privado <i>International businesses of electricity. The mixti fori of the public and private</i> LIDIA MORENO BLESA	649
La justicia adversarial frente a las nuevas tendencias en la resolución alternativa de daños masivos a los consumidores. El ajuste al modelo español <i>Adversarial justice in the face of new trends in alternative resolution of mass consumer damages. Adjustment to the Spanish model</i> GISELA MORENO CORDERO	666
Hacia un marco legal europeo uniforme en la prevención de los riesgos y de la responsabilidad civil en el ámbito de la conducción automatizada inteligente <i>Towards a uniform European legal framework in the prevention of risks and civil liability in the field of intelligent automated driving</i> M ^a CARMEN NÚÑEZ ZORRILLA	688
Embargo preventivo y declaración de avería gruesa. A propósito del incidente del buque Ever Given <i>Arrest of ships and general average. Legal lessons from the Ever Given case</i> XABIER ORBEGOZO MIGUEL	723

La nacionalidad española de los habitantes del Sáhara occidental. Práctica jurisprudencial española <i>The Spanish nationality of the inhabitants of Western Sahara. Spanish jurisprudence practice</i> ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ	737
Neurorights between ethical and legal implications <i>Neuroderechos entre implicaciones éticas y legales</i> FABIO RATTO TRABUCCO	749
La ratificación de España del Protocolo de Luxemburgo al convenio de Ciudad del Cabo: la entrada en vigor del régimen jurídico internacional para la financiación de material rodante ferroviario <i>Spanish ratification of the Luxembourg Protocol to the Cape Town convention: the entering into force of the international legal rules for railway rolling stock finance</i> TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL	757
Las vías penal y civil para proteger al menor frente a supuestos de sustracción internacional. Su coexistencia en el espacio judicial europeo <i>The criminal and civil ways to protect the minor against international abduction. Its coexistence in the European judicial area</i> MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ	784
Información engañosa al inversor. De nuevo sobre la localización del daño puramente financiero <i>Misleading information and investors. Back to the localisation of the financial damage</i> SARA SÁNCHEZ FERNÁNDEZ	805
Expropiación indirecta en los Tratados Bilaterales de Inversión latinoamericanos: la caja de Pandora de las controversias neerlandesas en la región <i>Indirect expropriation in Latin-American Bilateral Investment Treaties: the Pandora's box of Dutch controversies in the region</i> TAHIMÍ SUÁREZ RODRÍGUEZ	826
Las expectativas del consumidor en los criterios de conformidad del TRLGDCU y CCCAT <i>The expectations of the consumer in the conformity criteria of the TRLGDCU and CCCAT</i> ESTHER TORRELLES TORREA	845
Los efectos de la inscripción y la entrega en las transacciones de bienes inmuebles en el Derecho civil chino <i>The effects of registration and delivery in the transactions of immovables in Chinese Civil Law</i> DENG JIAYUAN	878

Varia

¿Exequatur de la sentencia de divorcio de reagrupado o reagrupante como condición para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar? La relevante doctrina legal del Tribunal Supremo de 2022 <i>Exequatur of the divorce judicial decision of the marriage of husband or wife as a condition to exercise the right to family reunification? The relevant legal doctrine of the Spanish Supreme Court of 2022</i> SALOMÉ ADROHER BIOSCA	898
Proceso monitorio europeo e interrupción de plazos procesales por la pandemia causada por el Covid-19. A propósito de la STJUE de 15 de septiembre de 2022, C-18/21, Uniqa Versicherungen AG c. VU <i>Order for payment procedure and interruption of procedural periods for the pandemic created for the Covid-19. On purpose of the CJEU Judgment of 15 september of 2022 C-18/21, Uniqa Versicherungen AG c. VU</i> ISABEL ANTÓN JUÁREZ	906

Agentes contractuales de la Unión Europea destinados en un tercer país, ¿se pueden divorciar en un Estado miembro? Y, ¿qué pasa con los diplomáticos? (STJUE de 1 de agosto de 2022) <i>Can European Union contract staff posted to a third country be divorced in a member State? And what about diplomats (ECJR of 1 august of 2022) ?</i>	914
FLORA CALVO BABÍO	
Cambio de residencia de un menor durante el proceso y perpetuatio iurisdictionis. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 14 de julio de 2022, asunto C-572/21 <i>Change of residence of a child during the lawsuit and perpetuatio iurisdictionis. Purpose to the cjeu judgement of 14th july 2022, case C-572/21</i>	923
LUIS F. CARRILLO POZO	
Responsabilidad por daños causados debido a productos defectuosos en caso de intervenciones médicas. A propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid del 21 de junio de 2021 <i>Product liability in case of medical intervention. Regarding to the judgement of the Madrid Court of First Instance of 21st june 2021</i>	935
DAVID CUENCA PINKERT	
Concreción de la conexión “residencia habitual” en el Protocolo de La Haya sobre alimentos ante un traslado o retención ilícitos según el Reglamento (CE) 2201/2003. Aclaración propuesta por la STJUE de 12 de mayo de 2022, asunto C-644/20, W. J. <i>Concretion of the connection “habitual residence” in the maintenance obligations Hague Protocol in the event of a wrongful removal or retention according to Regulation (EC) 2201/2003. Clarification proposed by the CJEU of May 12, 2022, case C-644/20, W. J.</i>	947
ANTONIA DURÁN AYAGO	
El efecto directo del principio de proporcionalidad en el contexto de las sanciones previsto en el artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE <i>The direct effect of the principle of proportionality in the context of the sanctions provided for in article 20 of Directive 2014/67/EU</i>	955
DIANA GLUHAIA	
El reconocimiento de las relaciones de filiación en la Unión Europea: la libre circulación de certificados de nacimiento expedidos en un Estado miembro. En torno a la STJUE Pacharevo y al ATJUE K.S.-S.V.D. <i>The recognition of filiation relationships in the European Union: the free movement of birth certificates issued in a member state. Around the STJUE Pacharevo and the ATJUE K.S.-S.V.D.</i>	969
NATIVIDAD GOÑI URRIZA	
Cláusulas de elección de foro en el Derecho Internacional Privado y condiciones generales incluidas en documentos comerciales emitidos unilateralmente: un análisis desde el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Miranda de Ebro, núm. 17/2022, de 21 de enero de 2022 <i>Choice of court agreements under Private International Law and general terms and conditions within unilateral commercial documents: an analysis in light of the Resolution of the Civil and Criminal Court N° 2 of Miranda de Ebro, N° 17/2022, dated 21 January 2022</i>	978
VÍCTOR JAVIER LANA ARCEIZ / JOSÉ LUIS PÉREZ DE AYALA BONELLI	
Ley aplicable a la validez formal y material de la declaración de renuncia a la herencia en el Reglamento europeo 650/2012 sobre sucesiones <i>Law applicable to the formal and substantive validity of the declaration concerning the waiver of succession in the Regulation 650/2012</i>	990
NEREA MAGALLÓN ELÓSEGUI	
El (des)interés del TJUE del traslado del centro de intereses principales en un procedimiento de insolvencia en tiempos de Brexit, a propósito de la STJUE de 24 de marzo de 2022, Galapagos BidCo, asunto C-723/20 <i>The (dis)interest of the CJEU in the transfer of the centre of main interests in insolvency proceedings in times of Brexit. Commentary to CJEU Ruling of 24th March 2022, Galapagos BidCo, C-723/20.</i>	997
ADA LUCÍA MARISCAL GONZÁLEZ	

	Laudo arbitral extranjero y orden público internacional. El desafío <i>Foreign arbitral award and international public policy. The challenge</i> CARMEN MARÍA NORIEGA LINARES	1007
	La aplicación del artículo 1320 CC como orden público en el ordenamiento español. A propósito de la resolución de 31 de enero de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública <i>The application of article 1320 CC as public policy in spanish law. Regarding the resolution of 31 january 2022, of the Directorate General For Legal Certainty and Public Faith.</i> JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	1029
	La incidencia de la doctrina de los actos propios en la aplicación del CH 1980 a supuestos de sustracción internacional de menores. Comentario a la SAP Oviedo de 7 de abril de 2022 <i>The incidence of the doctrine of own acts in the application of the CH 1980 to cases of international child abduction. Commentary to the SAP Oviedo of April 7, 2022</i> M ^a JESÚS SÁNCHEZ CANO	1038
	La determinación de la ley aplicable al contrato de cesión de créditos con elemento internacional. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 21 de junio de 2022 <i>The determination of the law applicable to the contract for the assignment of receivables with an international element. Regarding the judgment of the Provincial Court of Soria of June 21, 2022</i> M ^a JESÚS SÁNCHEZ CANO	1051
	Direito de asilo versus raptio internacional de crianças <i>Right to asylum versus international child abduction</i> ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES	1060
	La presunción del daño causado por un ilícito antitrust según el Tribunal Federal Alemán (Bundesgerichtshof) <i>The presumption of the harm caused by anticompetitive conducts, jurisprudence of the German Federal Court (Bundesgerichtshof)</i> DRA. JULIA SUDEROW / DR. CARSTEN KRÜGER	1067
<hr/>		
Congresos	The interplay of EU regulation 2019/1111 with the 1980 Hague convention in matters of child abduction <i>La coordinación entre el reglamento (UE) 2019/1111 y el Convenio de la Haya de 1980 sobre la sustracción internacional de menores</i> GIACOMO BIAGIONI	1076
	El documento notarial electrónico <i>The electronic notarial document</i> JOSÉ CARMELO LLOPIS BENLLOCH	1089
	Recognition of a status acquired abroad: Sweden <i>Reconocimiento de una situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada o modificada en el extranjero: Suecia</i> LAIMA VAIGE	1107
<hr/>		
Recensiones	MARTA REQUEJO ISIDRO (Ed.), <i>Brussels ibis regulation - a commentary, elgar commentaries in private international law series.</i> Dr. Apostolos Anthimos	1121
	ANA MARÍA PÉREZ VALLEJO / INMACULADA VIVAS TESÓN. <i>La transmisión mortis causa del patrimonio intelectual y digital</i> Domingo Bello Janeiro	1124

AA.VV. DAVID CARRIZO AGUADO y PABLO QUINZÁ REDONDO (Coords.). <i>Derecho del comercio internacional. Casos prácticos resueltos y razonados</i> Andrés Rodríguez Benot	1127
M. J. CERVELL HORTAL. <i>Una unión de valores: ¿realidad o desiderátum? La protección del Estado de Derecho en el seno de la Unión Europea</i> Alfonso-Luis Calvo Caravaca	1130
PIERALBERTO MENGGOZZI. <i>L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione Europea</i> Alfonso-Luis Calvo Caravaca	1133
L.F. CARRILLO POZO, <i>Responsabilidad parental: un estudio de Derecho procesal civil internacional</i> Alfonso-Luis Calvo Caravaca	1136
G. MORENO CORDERO. <i>Validez de las resoluciones civiles y canónicas sobre crisis matrimoniales entre España y Colombia: una visión renovada</i> Javier Carrascosa González	1139
FRANCO MOSCONI / CRISTINA CAMPIGLIO, <i>Diritto internazionale privato e processuale, vol. 1, Parte generale e obbligazioni</i> , Javier Carrascosa González	1144
NURIA MARCHAL ESCALONA, <i>El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español</i> Javier Carrascosa González	1147
BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ (Directora). <i>Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores</i> Mónica Herranz Ballesteros	1150
E. GALLEGRO SÁNCHEZ (Dir.). <i>Derecho Concursal y Preconcursal: Texto refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre</i> Jaume Llorca Galiana	1153
ISABEL ANTÓN JUÁREZ. <i>Litigación internacional en la Unión Europea (VI), El proceso monitorio europeo</i> M ^a Ángeles Rodríguez Vázquez	1156
AA.VV., ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT y CÉSAR HORNERO MÉNDEZ (Dir.), DAVID CARRIZO AGUADO (coord.). <i>Régimen patrimonial de las uniones registradas: aspectos estatales y supraestatales (a propósito del Reglamento UE 2016/1104)</i> Alfonso Ybarra Bores	1159

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 GÁLIGO, 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
LUÍS 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

Principios UNIDROIT a través de los laudos de arbitraje internacional de inversiones

UNIDROIT principles through international investment arbitration awards

MARÍA CHIARA MALAGUTI

Presidenta de UNIDROIT

Catedrática de Derecho internacional

Università Cattolica del Sacro Cuore, Italia

Recibido: 14.12.2022 / Aceptado: 16.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7531

Resumen: El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado – UNIDROIT iniciará en 2023, en colaboración con el ICC Institute of World Business Law, un proyecto que evaluará las normas más adecuadas en los contratos de inversión a la luz de la evolución de los contenidos de estos contratos y el derecho a las inversiones en general. Parte fundamental del análisis será la verificación de la aplicación de los Principios de UNIDROIT a estos contratos. En preparación para este proyecto, la presente contribución describe el uso que se ha hecho hasta ahora de los Principios por los tribunales arbitrales cuyos laudos son públicos, lo que revela cuántas de las reglas de los Principios se aplican a los contratos de inversión, por ejemplo, en relación con el principio de buena fe, situaciones de excesiva onerosidad, renegociación de los términos y el cálculo de los daños. Además, los laudos arbitrales comentados también revelan cómo pueden ser utilizados como ley aplicable no sólo en caso de elección específica de las partes, sino también en caso de falta de indicación de la ley aplicable, así como una herramienta para interpretar la ley nacional. A estos efectos, los laudos descritos son divididos en esta contribución por categoría según la función que se le dé a los Principios en cada laudo. Sin embargo, el mismo análisis puede leerse para verificar a qué reglas se ha hecho referencia y en qué medida en relación con los contratos de inversión analizados (y sin embargo en algunos casos, por ejemplo, cuando se utilizan los Principios para determinar daños, en realidad estos últimos han también sido invocados en relación con un tratado de inversión). El análisis de esta contribución, que esperamos poder ampliar sobre la base del censo de todos los contratos de inversión que han sido objeto de arbitraje a los que podrá tener acceso en el Proyecto, puede ser considerado como uno de los puntos de partida para el ejercicio que se llevará a cabo en los próximos meses.

Palabras clave: Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales; contratos de inversión; arbitraje de inversiones; buena fe; excesiva onerosidad; renegociación de términos contractuales; daños; ley aplicable.

Abstract: The International Institute for the Unification of Private Law - UNIDROIT will start in 2023, in collaboration with the ICC Institute of World Business Law, a project that will evaluate the most appropriate rules in investment contracts in the light of the evolution of the contents of these contracts and international investment law in general. A fundamental part of the analysis will be the verification of the application of the UNIDROIT Principles to these contracts. In preparation for this project, this contribution describes the use that has been made so far of the Principles by arbitral tribunals whose awards are public, revealing how many of the Principles' rules apply to investment contracts, for example in relation to the principle of good faith, situations of hardship, renegotiation of terms and the

calculation of damages. In addition, the arbitral awards commented upon, also reveal how they can be used as applicable law not only in case of specific choice of the parties, but also in case of lack of indication of applicable law, as well as a tool for interpreting national law. For these purposes, the awards described are divided in this contribution by category according to the role attributed to the Principles in each award. However, the same analysis can be read to verify, in relation to the investment contracts analyzed, which rules have been referred to and to what extent (and yet in some cases, for example when using the Principles to determine damages, in reality the latter have also been invoked in relation to investment treaties). The analysis provided in this contribution, which hopefully shall be expanded on the basis of the investment contracts subject of arbitration to which we shall be able to have access under the Project, can be considered as one of the starting points for the exercise that will be carried out in the coming months.

Keywords: UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts; investment contracts; investment arbitration; good faith; excessive onerousness; renegotiation of contractual terms; damage; applicable law.

Sumario: I. Introducción. II. Uso “implícito” de los Principios. III. Principios UNIDROIT como ley aplicable: referencia a los principios generales del derecho o la *lex mercatoria*. IV. Principios UNIDROIT para interpretar y complementar el derecho aplicable. V. Para concluir.

I. Introducción

1. Los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales¹, instrumento *de soft law* nacido del trabajo de un Grupo de expertos de los principales sistemas jurídicos del mundo y orientado a ofrecer un sistema equilibrado de reglas específicamente concebido de acuerdo con las necesidades del comercio internacional, se proponen, por su propia naturaleza, como una herramienta útil también en la resolución de controversias derivadas de inversiones extranjeras privadas directas y, en particular, en la resolución arbitral directa de controversias entre una empresa extranjera y el Estado receptor, así como en el arbitraje comercial internacional.

2. Los Principios han tenido varias ediciones, la más reciente de las cuales data de 2016. La última revisión también preveía un análisis específico del uso de los Principios en los contratos de inversión. Sin embargo, el Grupo de expertos decidió en ese momento de limitarse al análisis y la modificación de los Principios en relación con los contratos a largo plazo en general. En cambio, en el nuevo programa de trabajo de UNIDROIT 2023-2025 se ha incluido un proyecto, que se llevará a cabo en colaboración con el ICC *Institute of World Business Law*, que considerará las reglas más adecuadas en los contratos de inversión a la luz de la evolución de los contenidos de estos contratos y del derecho de inversiones en general. Una parte fundamental del análisis será la verificación de la aplicación de los Principios a estos contratos.

3. En preparación para este proyecto, es útil también ofrecer un resumen del uso que se ha hecho hasta ahora de los Principios en los laudos arbitrales de inversión que actualmente son públicos. Estos laudos se refieren a contratos de inversión, pero no solo. De hecho, los Principios han encontrado una aplicación mucho más amplia en el derecho de inversión directa.

4. La base de datos Unilex, que recopila, en constante actualización, todas las sentencias y laudos arbitrales que hacen referencia a los Principios UNIDROIT en diversas capacidades, ofrece varios

¹ <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> .

ejemplos de esta forma de aplicación de los Principios en el ámbito internacional.² En la mayoría de los casos, se trata de la aplicación de los Principios dentro del derecho internacional, a los que se hace referencia en los tratados de inversión, pero no faltan decisiones en las que se han utilizado para interpretar e integrar el derecho nacional aplicable. Unilex cuenta a la fecha con 16 laudos arbitrales CIADI, a los que hay que sumar otros 3 laudos emitidos por otras instituciones arbitrales³ y 4 laudos arbitrales ad hoc, los cuales se pueden dividir de la siguiente manera en función del papel que juegan los Principios en la resolución de la controversia: i) casos en los que las partes han invocado los Principios UNIDROIT en apoyo de sus defensas y la Corte ha sostenido estas defensas sin citar expresamente los Principios; ii) casos en los que los Principios UNIDROIT han sido elegidos por las partes como ley aplicable a la controversia de forma expresa o implícita, mediante referencia a los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o similares; iii) casos en los que los Principios UNIDROIT han sido invocados por el Tribunal Arbitral en apoyo de las soluciones alcanzadas conforme al derecho aplicable o incluso para interpretar y complementar este último.

II. Uso “implícito” de los Principios

5. Cada vez es más frecuente que las partes de un arbitraje internacional, en sus defensas, se refieran a los Principios UNIDROIT para demostrar que la solución que proponen está en consonancia con los estándares internacionales y se aplica en el contexto del comercio internacional. Con respecto a esta forma de uso de los Principios, las partes, tanto públicas como privadas, del arbitraje de inversiones no son una excepción.

6. A partir del texto de las decisiones, a menudo es difícil establecer si la referencia a los Principios ha sido aceptada por el Tribunal Arbitral, ya que este último generalmente informa los argumentos de las partes, seguidos de los suyos propios, rechazando o aceptando dichos argumentos sin haciendo referencia expresa a los Principios UNIDROIT. Por ejemplo, en *PSEG Global & others v. Republic of Turkey*, el Tribunal del CIADI, en un primer laudo sobre jurisdicción de fecha 4 de junio de 2004, aunque sin referirse expresamente al art. 2.14 (hoy 2.1.14) de los Principios UNIDROIT invocados por las empresas recurrentes⁴, confirmaba la tesis propuesta por estas últimas según la cual no siempre es necesario llegar a un acuerdo sobre todos los términos esenciales del contrato para que éste sea considerado vinculante, especialmente cuando las partes manifiesten su intención de celebrar el contrato. En particular, en el caso *PSEG* se discutió si un contrato para la construcción y puesta en marcha de una planta eléctrica en Turquía celebrado entre dos empresas estadounidenses y el Ministerio de Energía de Turquía era vinculante en presencia de una cláusula de renegociación de algunos términos del acuerdo. El Tribunal Arbitral afirmó que esta cláusula no afectaba la validez y obligatoriedad del contrato, ya que tanto el lenguaje utilizado por las partes como las circunstancias de hecho posteriores demostraban

² Esta contribución sigue el camino trazado por algunos artículos de doctrina, dedicados al tema del papel asumido por los Principios UNIDROIT de los contratos comerciales internacionales en el contexto del arbitraje de inversiones. Más que un análisis teórico de la relación entre estos principios internacionales y el tema de las inversiones - ya ampliamente tratado por los autores que me han precedido - el presente escrito pretende brindar una actualización y una guía razonada de los casos relacionados presentes en la base de datos UNILEX. Ver. P. BERNARDINI, “UNIDROIT Principles and international investment arbitration”, *Uniform Law Review*, Vol. 19, Número 4, 2014, pp. 561–569; G. CORDERO-MOSS & D. BEHN, “The relevance of the UNIDROIT Principles in investment arbitration”, *Uniform Law Review*, Vol. 19, Número 4, 2014, pp. 570–608; A. REINISH, “The relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in International Investment Arbitration”, *Uniform Law Review*, Vol. 19, Número 4, 2014, pp. 609-622; J. HEPBURN, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Investment Treaty Arbitration: a Limited Relationship”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 64, Número 4, 2015, pp. 905-933.

³ Un laudo del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y dos laudos de la Corte Permanente de Arbitraje.

⁴ “Los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales [art. 2.14] son invocadas por las Demandantes en apoyo de su opinión de que no siempre es necesario llegar a un acuerdo sobre todos los términos esenciales de un contrato siempre que las partes tengan la intención de celebrar un contrato y la obligación de proceder a negociar los términos pendientes de buena fe” (traducido del inglés por la Autora).

la intención de las partes de considerarse obligadas, aunque algunas cláusulas contractuales debían ser modificadas en un momento posterior⁵. En la fase posterior del fondo (laudo del 19 de enero de 2007), que se decidió en base del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) EE. UU. - Turquía, la defensa del Gobierno turco también invocó los Principios UNIDROIT para justificar su conducta, afirmando que, en falta de prueba en contrario, debe presumirse que las negociaciones se llevan a cabo de buena fe y, a la luz del art. 2.1.15 de los Principios UNIDROIT, no hay obligación de llegar a un acuerdo ni responsabilidad por no llegar a uno. A pesar de tales defensas, el Tribunal del CIADI concluyó que los cambios legislativos en curso en el sector de la energía en Turquía violaban el estándar de trato justo y equitativo (*FET standard*) en virtud del TBI entre EE. UU. y Turquía⁶.

7. En *Azurix Corp. vs. Argentine Republic* (laudo del CIADI del 14 de julio de 2006), en relación con la determinación de los daños recuperables por la violación del estándar de trato justo y equitativo previsto en el TBI EE.UU. - Argentina, mientras que el Gobierno argentino insistió en remitirse al derecho consuetudinario internacional, a falta de una disposición específica sobre el punto en el TBI para violaciones distintas al caso de expropiación, la sociedad recurrente invocó el art. 7.4.3, párrafo 3 de los Principios UNIDROIT, junto con el art. 74 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCCIM), para afirmar el amplio poder discrecional del Tribunal de Arbitraje en el cálculo de daños y perjuicios. El Tribunal, aunque no repitió la referencia a la CNUCCIM y los Principios UNIDROIT, siguió sustancialmente el argumento del apelante. El laudo, impugnado por el gobierno argentino, fue confirmado en este punto por el Comité *ad hoc* para anulación con decisión del 1 de septiembre de 2009.

8. En el caso *Ioannis Kardassopoulos & others vs. Republic of Georgia* (laudo del CIADI del 3 de marzo de 2010), con el fin de identificar el alcance y la validez de los derechos derivados del contrato de concesión de treinta años celebrado por un inversor privado griego e israelí con el Gobierno de Georgia, en particular en relación con futuros proyectos en el sector del petróleo y el gas, el Estado demandado, en apoyo del uso de pruebas extrínsecas para interpretar el contrato de concesión, se refirió a los Principios UNIDROIT⁷ y afirmó que algunos documentos contemporáneos a la celebración del contrato (por ejemplo, asesoramiento previo de un abogado de Londres) impidió que se interpretara que la concesión otorgaba a los inversores derechos con respecto a futuros gasoductos y oleoductos. El Tribunal Arbitral, sin referirse al art. 4.3 de los Principios UNIDROIT, admitió la prueba de los textos sobre cómo las partes podrían haber entendido las disposiciones relevantes del contrato de concesión y concluyó que las cláusulas deben interpretarse buscando un punto de encuentro entre los significados opuestos que les atribuyen las partes.

9. En el caso *M. Meerapfel Söhne AG vs. Central African Republic* (laudo del CIADI de 12 de mayo de 2011), el demandante invocó los Principios UNIDROIT para respaldar la validez y eficacia de una cláusula compromisoria contenida en un memorando de entendimiento firmado por las partes en disputa, del cual el Gobierno de la República Centroafricana impugnó la validez en ausencia de la autorización previa del Ministerio de Finanzas competente. En particular, el inversor privado citó íntegramente el art. 3.16 de los Principios UNIDROIT (hoy Art. 3.2.13) sobre la nulidad parcial para sustentar la autonomía de la cláusula compromisoria incluso en caso de nulidad del contrato subyacente.

⁵ “En el presente caso, tanto el lenguaje del Contrato como las circunstancias, tal como se analizan a continuación, demuestran la intención de las Partes de vincularse a pesar de que aún debían acordarse ciertos términos en un momento posterior” (traducido del inglés por la Autora).

⁶ El Tribunal Arbitral decidió conceder una indemnización únicamente por los gastos efectivamente incurridos por las empresas recurrentes en relación con la inversión (gastos de asesoría jurídica, estudios técnicos, adquisición de permisos, etc.), mientras que rechazó la solicitud de indemnización por la pérdida de beneficio, principalmente porque este concepto de daño no puede ser compensado cuando el proyecto se encuentra en la fase de “pre-inversión” o “pre-construcción”.

⁷ “La Demandada sostiene que se puede recurrir a tales documentos cuando un contrato es ambiguo, señalando en particular los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales, que estipulan expresamente que se debe tener en cuenta la “prueba extrínseca” al interpretar los contratos” (traducido del inglés por la Autora).

El Tribunal Arbitral compartió el argumento del recurrente, agregando otros argumentos a favor (en particular, la referencia al artículo 4 de la Ley Uniforme de arbitraje de la OHADA)⁸.

10. Por último, en el laudo de la Corte Permanente de Arbitraje de 4 de junio de 2014 *European American Investment Bank AG (EURAM) vs. Slovak Republic* ambas partes invocaron los Principios UNIDROIT en relación con la cuestión de si el Tribunal Arbitral tenía jurisdicción sobre el caso. En particular, la empresa austriaca, que había adquirido una participación del 51% en una compañía de seguros de salud eslovaca, se quejó de la violación del TBI entre Austria y Eslovaquia por parte del Gobierno eslovaco, ya que algunas medidas legislativas introducidas por este último habrían constituido una revocación de la liberalización del mercado de los seguros de salud anterior, que había incitado a la recurrente a invertir en dicho sector. El Estado demandado impugnó la competencia jurisdiccional del Tribunal Arbitral sobre la base de dos conjuntos de razones: a) la presencia de un acuerdo implícito entre las partes a favor de la jurisdicción de los tribunales eslovacos, dado que el demandante ya había iniciado un procedimiento ante el tribunal del distrito de Bratislava. En apoyo de la tesis de la conclusión implícita del acuerdo de jurisdicción, el Gobierno eslovaco invocó los artículos 1.2, 2.1.11 y 3.2.12 de los Principios UNIDROIT⁹, mientras que el recurrente afirmó que el recurso interpuesto ante los tribunales nacionales eslovacos no podía considerarse como una propuesta de acuerdo a tal efecto y en apoyo de sus argumentos citó los artículos 2.1.2., 4.1 y 4.2 Principios UNIDROIT¹⁰; b) independientemente de la existencia de un acuerdo entre las partes, la conducta del recurrente constituyó una renuncia a comprometer la controversia en arbitraje. A tal fin, el Estado demandado citó el art. 10.6(1) de los Principios de UNIDROIT para argumentar que el recurrente no podía justificar la incoación del procedimiento ante el tribunal de Bratislava con una supuesta intención conservadora, ya que su derecho, tras la interposición de la demanda, ya no corría el riesgo de prescripción, al menos hasta que el Tribunal se haya pronunciado sobre su competencia¹¹. Por otro lado, el recurrente, al disputar el uso de los Principios UNIDROIT para interpretar y complementar las disposiciones de la ley eslovaca en materia de limitación, invocó a su vez el art. 4.2 de los Principios para contestar la interpretación dada por el demandado, según la cual la interposición de una acción ante los tribunales internos podría ser calificada como una renuncia al derecho de someter el asunto al tribunal arbitral¹². El Tribunal Arbitral, sin referirse a los Principios UNIDROIT, afirmó que las partes no habían celebrado ningún acuerdo sobre la forma de resolver la controversia diferente al contenido en la cláusula compromisoria, pero aceptó la tesis de la renuncia a transigir la controversia en arbitraje, ya que las actividades procesales llevadas a cabo por el solicitante ante los tribunales eslovacos fueron más allá de lo que se consideró necesario para proteger su posición en espera del resultado del procedimiento de arbitraje. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral se declaró incompetente para decidir sobre la controversia.

⁸ “La Demandante también invoca la aplicación del Artículo 3.16 de los Principios UNIDROIT de 2004 sobre los contratos comerciales internacionales que establece que: [...]. La Corte ha identificado en la doctrina otros elementos relativos a la divisibilidad de la cláusula compromisoria. Así, el acuerdo que prevé el arbitraje se considera separado de la propia cláusula compromisoria.” (traducido del francés por la Autora).

⁹ “La Demandada alega además que la noción de que se puede llegar a acuerdos implícitamente (o a través de documentos, declaraciones orales o conducta) forma un principio general de derecho, como lo demuestran los Artículos 1.2, 2.11 y 3.12 de los Principios de UNIDROIT de Derecho Comercial Internacional. Contratos” (traducido del inglés por la Autora).

¹⁰ “La Demandante explica que, según la ley sueca, un acuerdo surge de una “consenso de voluntades” o cuando un destinatario acepta la oferta de un oferente. La ley no define ni “oferta” ni “aceptación”. En cambio, el Artículo 2.1.2 de los Principios UNIDROIT define una oferta como una “propuesta para celebrar un contrato... [que] está suficientemente definida e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación”. Según la Demandante, la aplicación de los Artículos 4.1 y 4.2 de los Principios UNIDROIT conduce al mismo resultado. La Petición deja en claro que la Demandante tenía la intención de continuar con el arbitraje de sus reclamos y solo presentó la Petición para evitar que sus reclamos prescribieran. Una interpretación contraria sería irrazonable” (traducido del inglés por la Autora).

¹¹ “La Demandada señala además que la Demandante podría haber invocado el presente arbitraje para ampliar el plazo de prescripción en virtud de la Sección 405(2) del Código de Comercio - o del Artículo 10.6(1) de los Principios UNIDROIT, que pueden utilizarse para interpretar y complementar el Código de Comercio de Eslovaquia, hasta después de que el Tribunal se haya pronunciado sobre su jurisdicción” (traducido del inglés por la Autora).

¹² “[...] el inicio de un litigio no constituye una renuncia al derecho de arbitraje a menos que un análisis del derecho contractual tradicional evidencie un acuerdo entre las Partes a tal efecto. Como tal, una declaración unilateral debe ser clara e inequívoca para que se construya como una renuncia; [...]. Un análisis según principios generales como el artículo 4.2 de los Principios UNIDROIT no diferiría en sustancia” (traducido del inglés por la Autora).

III. Principios UNIDROIT como ley aplicable: referencia a los principios generales del derecho o la *lex mercatoria*

11. La segunda hipótesis de aplicación de los Principios UNIDROIT en el contexto del arbitraje de inversiones está representada por un único pero emblemático caso: *Joseph Charles Lemire vs. Ukraine*.

12. La escasez de casos se justifica por la ausencia de tratados internacionales de inversión que prevean una elección expresa del derecho aplicable en favor de los Principios UNIDROIT¹³, mientras que es más probable que estos últimos sean elegidos por las partes como derecho aplicable a la disputa, en el caso de arbitraje de inversión basado en un contrato, como sucedió en el caso *Lemire*, una disputa que duró 16 años y que dio lugar a dos procedimientos separados¹⁴.

13. En el momento del primer procedimiento, Ucrania aún no había ratificado el Convenio del CIADI y, por lo tanto, el mismo se estableció en virtud del Mecanismo Complementario del CIADI. Sin embargo, la disputa, que surgió de la violación del TBI entre EE. UU. y Ucrania luego de las promesas hechas y no cumplidas por el Estado ucraniano con respecto a la emisión y operación de ciertas licencias de transmisión de radio, nunca llegó a la etapa de fondo, ya que las partes llegaron a un acuerdo, incorporado en un laudo final vinculante emitido por el Tribunal del CIADI (laudo del 18 de septiembre de 2000). La particularidad de este contrato, en lo que aquí nos concierne, es el hecho de que contiene una sección completa titulada “*Principios para la interpretación y ejecución del contrato*”, cuyas disposiciones, relativas a la interpretación, validez, ejecución y incumplimiento de la transacción se toman literalmente, con algunas pequeñas adaptaciones, de los Principios UNIDROIT, edición de 1994¹⁵.

14. En el segundo procedimiento, regido por el Convenio CIADI - entretanto ratificado por Ucrania - y nuevamente relacionado con la inversión del apelante en el sector de la radio, este último se quejó no solo de la violación del TBI EE. UU.- Ucrania, sino también del laudo arbitral emitido en 2000. En un primer laudo sobre jurisdicción y responsabilidad del 14 de enero de 2010¹⁶, el Tribunal del CIADI se pronunció sobre la cláusula de elección de la ley aplicable contenida en el acuerdo, que se refería al art. 54, párrafo 1 del Mecanismo Complementario del CIADI¹⁷, y consideró que esta cláusula equivalía a una elección negativa implícita de cualquier ordenamiento jurídico nacional, concluyendo en someter el acuerdo de transacción a las normas del derecho internacional y, entre éstas, prestar especial atención a los Principios UNIDROIT¹⁸. En cuanto al fondo, el Tribunal Arbitral examinó en primer lugar la cuestión relativa a la interpretación del contenido del acuerdo transaccional: ello porque, por un lado, la recurrente alegaba la existencia de obligaciones adicionales a las expresamente señaladas en el acuerdo, acordadas por las partes durante las negociaciones, apoyándose en los artículos 4.1 y 4.3 de los Principios UNIDROIT, que establecen que para identificar la intención común de las partes, se debe tener en

¹³ Incluso si la hipótesis no puede ser excluida (ver G. CORDERO MOSS – D. BEHN, “The relevance of the UNIDROIT Principles in investment arbitration”, *supra*, p. 581).

¹⁴ Caso No. ARB(AF)/98/1 y Caso No. ARB/06/18.

¹⁵ Estos son los Artículos 1.7, 3.3(1) [Art. 3.1.3(1) edición de 2016], 4.1, 4.2, 4.3, 4.5, 5.3, 5.4(1) [Artt. 5.1.3 y 5.1.4(1) edición de 2016], 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3, 7.1.1, 7.1.4 y 7.1.5 (1)(2)(3).

¹⁶ Los artículos 1.8, 4.1 y 4.3 de los Principios UNIDROIT también fueron citados por el Árbitro Dr. Jürgen Voss en la opinión disidente presentada el 1.3.2011.

¹⁷ “El Tribunal aplicará las normas de derecho designadas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. A falta de tal designación por las partes, el Tribunal aplicará (a) la ley determinada por las normas de conflicto de leyes que considere aplicables y (b) las normas de derecho internacional que el Tribunal considere aplicables” (traducido del inglés por la Autora).

¹⁸ “Al negociar el Acuerdo de conciliación, las partes evidentemente pensaron en la cuestión de la ley aplicable y aparentemente no pudieron llegar a un acuerdo para aplicar la ley ucraniana o la estadounidense. En esta situación, lo que hicieron las partes fue incorporar amplias partes de los Principios UNIDROIT en su acuerdo e incluir una cláusula que autoriza al Tribunal a seleccionar un sistema legal interno o a aplicar las reglas de derecho que el Tribunal considere apropiadas. Dada la elección negativa implícita de cualquier sistema legal interno, el Tribunal considera que la decisión más apropiada es someter el Acuerdo de Transacción a las normas del derecho internacional y, dentro de estas, tener especial consideración con los Principios UNIDROIT” (traducido del inglés por la Autora).

cuenta, entre otros, las negociaciones preliminares.¹⁹ Por otro lado, el Estado demandado objetaba la presencia, dentro del acuerdo, de una ‘*entire agreement clause*’²⁰. Según la Corte, de la lectura global de las cláusulas del contrato se desprendía que sólo se consideraría vinculante para las partes la obligación consignada por escrito en el contrato, mientras que no podía valorarse el hecho de que la misma hubiera sido discutida, o incluso acordada, oralmente por las partes durante las negociaciones. Todavía en cuanto al fondo, el Tribunal de Arbitraje sostuvo que Ucrania había violado las disposiciones de trato justo y equitativo contenidas en el TBI, pero no las obligaciones asumidas en virtud del acuerdo de transacción. En apoyo de sus conclusiones, el Tribunal Arbitral citó expresamente el art. 1.8 de los Principios UNIDROIT para concluir que el recurrente se había comportado de manera inconsistente durante la ejecución del acuerdo, generando una confianza razonable en la otra parte, y por lo tanto ya no podía denunciar el incumplimiento del Estado receptor²¹. Además, según la Corte, para poder invocar la violación, por parte del Estado demandado, del deber de diligencia en la ejecución del servicio, previsto en el art. 5.1.4 de los Principios UNIDROIT, no era suficiente probar que para la fecha estipulada no se habían otorgado las licencias de frecuencia de radio, sino que el solicitante tendría que demostrar que Ucrania no había hecho los esfuerzos que razonablemente habría hecho un gobierno en las mismas circunstancias²².

15. Aproximadamente un año después, el Tribunal del CIADI emitió su laudo final en el caso (28 de marzo de 2011) para la cuantificación de los daños recuperables luego de la violación establecida por parte de Ucrania del TBI entre EE. UU. y Ucrania. También en esta decisión hay una referencia a los Principios UNIDROIT: en particular, el Tribunal de Arbitraje citó el ejemplo en el Comentario 2 al art. 7.4.3 de los Principios UNIDROIT para definir el concepto de pérdida de oportunidad y su indemnización, excluyendo luego que esta definición pudiera aplicarse al daño sufrido por el recurrente, que más bien puede calificarse de lucro cesante²³.

IV. Principios UNIDROIT para interpretar y complementar el derecho aplicable.

16. El tercer y último grupo de casos es sin duda el más relevante tanto por el número de decisiones recogidas como por la importancia que tuvo la referencia a los Principios UNIDROIT en la

¹⁹ “La Demandante ha enfatizado las Cláusulas 20 (“buena fe y trato justo en los negocios internacionales”), 22 (“intención común de las Partes”), 23 (especialmente la referencia a “negociaciones preliminares”) y 26 (incumplimiento para incluir “incumplimiento indebido” “cumplimiento tardío”), así como los artículos 1.7 y 4.1 de los Principios UNIDROIT de 1994” (traducido del inglés por la Autora).

²⁰ “La Demandada se ha referido a la Cláusula 27 del Acuerdo de Transacción, según la cual el Acuerdo de Transacción “constituye el acuerdo completo entre las Partes sobre el tema del presente acuerdo y reemplaza toda correspondencia, negociaciones y entendimientos previos entre ellas con respecto a los asuntos cubiertos en el presente”. Ucrania también se basa en el artículo 5.5 de los Principios UNIDROIT de 1994 (“la forma en que se expresa la obligación en el contrato”) como factor principal para determinar el alcance de una obligación” (traducido del inglés por la Autora).

²¹ “El Artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT de 2004 prohíbe comportamientos inconsistentes: [...]. El Sr. Lemire no requirió un segundo examen, y Ucrania comprendió razonablemente que la Demandante se sintió satisfecha con el primer examen y, en consecuencia, no llevó a cabo un segundo examen. El Sr. Lemire ahora no puede dar marcha atrás y argumentar que la Demandada incumplió sus obligaciones contractuales” (traducido del inglés por la Autora).

²² “El artículo 5.1.4 de los Principios UNIDROIT de 2004 define el deber de los mejores esfuerzos en los siguientes términos: [...]. Para que el Demandante establezca una violación de esta obligación de mejores esfuerzos, no es suficiente probar que para el 15 de mayo de 2000 no se habían otorgado las 11 licencias de radiofrecuencia; la prueba requerida es que presente pruebas que demuestren que Ucrania no ha hecho los esfuerzos que haría un gobierno razonable en las mismas circunstancias” (traducido del inglés por la Autora).

²³ “La certeza del Tribunal de que la Demandante efectivamente ha sufrido una pérdida tiene otra implicación importante: excluye la posibilidad de que la lesión del Sr. Lemire se clasifique como una simple pérdida de oportunidad. La compensación por una oportunidad perdida es admisible y normalmente se calcula como la pérdida máxima hipotética, multiplicada por la probabilidad de que la oportunidad se materialice. Para tomar el ejemplo dado en el Comentario Oficial a los Principios UNIDROIT: “[E]l propietario de un caballo que llega demasiado tarde para correr una competición como consecuencia del retraso en su transporte, no puede reclamar una compensación equivalente al primer premio, aun cuando el caballo fuese el favorito”. En este ejemplo, el propietario debe estar satisfecho con una compensación proporcional a la probabilidad de ganar” (traducido del inglés por la Autora).

resolución de la controversia. Como se sabe, de conformidad con el art. 42 del Convenio CIADI, a falta de acuerdo entre las partes sobre la elección de las normas de derecho aplicables a la controversia²⁴, “*el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables*”. El texto de la regla indica que, si bien las partes de un arbitraje CIADI pueden también elegir instrumentos de *soft law* como los Principios UNIDROIT como la ley aplicable a su disputa, el tribunal arbitral, en ausencia de una elección explícita o implícita por las partes, está obligado a aplicar una determinada ley nacional (la del Estado de acogida o la que se determine aplicable en virtud de las normas sobre conflicto de leyes vigentes en el Estado de acogida). La redacción del artículo parecería sugerir que el derecho internacional tiene un papel secundario respecto del derecho nacional aplicable, que funciona como una suerte de correctivo de este último, pero la práctica arbitral nos muestra que la relación entre ambas fuentes no es tan clara, y del examen de los casos es difícil establecer cuál de los dos tuvo mayor peso a los efectos de decidir la controversia.

17. En este contexto, la referencia a los Principios UNIDROIT fue utilizada por Tribunales de Arbitraje para validar un principio de derecho internacional que se consideró aplicable al caso en disputa, en apoyo o incluso como complemento del derecho nacional aplicable.

18. Por ejemplo, en el caso de *AIG Capital Partner & CJSC Tema Real Estate vs Kazakhstan* (laudo del CIADI del 7 de octubre de 2003), un inversionista estadounidense se quejó de que el gobierno kazajo habría expropiado terrenos adquiridos para un proyecto de desarrollo inmobiliario. Una de las cuestiones abordadas por el Tribunal de Arbitraje fue si, como alegaba Kazajstán, el inversionista estadounidense estaba obligado a aceptar la oferta del Gobierno de tierras alternativas para el proyecto, de conformidad con el principio general de mitigación de daños. Excluyendo que tal obligación pesaba sobre el inversionista estadounidense, el Tribunal Arbitral afirmó que, en el caso, la aplicación del principio de mitigación de daños estaba excluida debido a que tanto la ocupación del terreno originalmente pactado como la oferta posterior de un sitio alternativo violaban la legislación aplicable de Kazajstán y, en este contexto, citó el art. 77 CNUCCIM y art. 7.4.8 de los Principios UNIDROIT²⁵.

19. Nuevamente, en el laudo parcial sobre el fondo, emitido el 30 de marzo de 2010 en un arbitraje *ad hoc* celebrado en La Haya (*Chevron Corporation & Texaco Petroleum Corporation vs. Ecuador*), relativo a una serie de acuerdos de exploración y explotación celebrados entre dos empresas petroleras estadounidenses y el Gobierno de Ecuador, el Tribunal de Arbitraje se refirió al Comentario 3 al art. 7.1.7 y los Artículos 6.2.2 y 6.2.3 (3)(b) de los Principios UNIDROIT para interpretar las disposiciones pertinentes del Código Civil ecuatoriano sobre fuerza mayor y para excluir que el Gobierno de Ecuador tuviera derecho a una compensación debido a la reducción de producción de petróleo de las dos empresas durante un período de fuerza mayor (terremoto)²⁶.

²⁴ La elección puede ser explícita o implícita. Según algunos autores (véase, por ejemplo, C. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2010 (Art 42, párr. 33–6, 89–95), el hecho de que el apelante invoque la protección en virtud de un tratado de inversión es a menudo considerado por la jurisprudencia de arbitraje como una opción implícita del derecho internacional.

²⁵ “*La mitigación de daños, como principio, es aplicable en una amplia gama de situaciones. Ha sido adoptado en países de common law y de tradición romanista, así como en convenciones y otros instrumentos internacionales, como por ejemplo en el artículo 77 de la Convención de Viena y el artículo 7.4.8 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Los tribunales arbitrales internacionales lo aplican con frecuencia cuando se trata de cuestiones de derecho internacional*” (traducido del inglés por la Autora).

²⁶ “*Además, la doctrina de la fuerza mayor, al igual que la doctrina de hardship y otros conceptos relacionados, está diseñada para “distribuir entre las partes de manera justa y equitativa las pérdidas y ganancias resultantes de” un evento imprevisible [Principios UNIDROIT, art. 7.1.7 comentario 3; id., en los artículos. 6.2.2 y 6.2.3(3)(b)]. De hecho, la interpretación de la Demandada significaría que cualquier efecto negativo de una situación de fuerza mayor tendría que ser soportado exclusivamente por TexPet y de ninguna manera por la Demandada. La Demandada no ha podido demostrar que el Acuerdo de 1973 o la ley ecuatoriana respalden una interpretación tan inusual en casos de fuerza mayor*” (traducido del inglés por la Autora).

20. En el laudo arbitral *ad hoc* del 30 de marzo de 2012 *Carl A. Sax vs. City of Saint Petersburg*, en relación con una serie de acuerdos celebrados entre un inversor estadounidense y la Ciudad de San Petersburgo para el desarrollo de una nueva terminal de pasajeros en el aeropuerto de la ciudad, las partes habían elegido como ley aplicable sobre el fondo de la disputa “*el derecho ruso, los tratados y el derecho internacional*”. El Tribunal Arbitral recordó el art. 7.4.9 de los Principios UNIDROIT, en apoyo del art. 395 del Código Civil ruso, según el cual la tasa de interés aplicable debe determinarse de acuerdo con la jurisdicción en la que reside la parte vencedora²⁷.

21. Por último, en un litigio entre una empresa kuwaití y el Gobierno de Libia por incumplimiento de un contrato de construcción y gestión de un gran complejo turístico en Trípoli, resuelto en arbitraje *ad hoc* con laudo de 22 de marzo de 2013 (*Mohamed Abdulmohsen Al - Kharafi & Sons vs. Libia*), el Tribunal de Arbitraje, llamado a aplicar la ley libia junto con *el Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States* de 1980, se refirió a los Principios UNIDROIT en relación con el tema de la compensación por lucro cesante. En particular, la Corte, al fallar a favor de la sociedad extranjera, interpretó el art. 224 del Código Civil de Libia en el sentido de reconocer también este elemento de daño. En apoyo de su decisión, la Corte se refirió al art. 7.4.2 de los Principios UNIDROIT sobre el derecho a la reparación integral²⁸ y el art. 7.4.3(3) sobre el principio de certeza del daño²⁹.

22. A menudo ocurre que las disposiciones sobre la elección de la ley aplicable están previstas en el propio tratado de inversión: generalmente se trata de fórmulas abiertas que se refieren a una amplia gama de reglas y principios, incluidas “*las disposiciones del tratado*”, “*la ley del Estado contratante parte en la controversia*” y “*las normas (o principios) del derecho internacional*”. Ante la presencia de fórmulas tan amplias, es fácil para los árbitros justificar la referencia a los Principios UNIDROIT como expresión de los principios del derecho internacional aplicables a la controversia.

23. Por ejemplo, en el caso decidido por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo con un laudo del 29 de marzo de 2005, *Petrobart vs. Kyrgyz Republic*, los Árbitros tuvieron que pronunciarse sobre una reclamación de indemnización presentada por una empresa registrada en Gibraltar contra el Gobierno de la República Kirguisa por violar el Tratado sobre la Carta de la Energía de 1994 y las obligaciones internacionales derivadas del mismo con respecto a los inversores extranjeros³⁰. El Tribunal Arbitral reconoció el derecho de la recurrente a la indemnización tanto del daño emergente como del lucro cesante, así como al reembolso de los gastos: los tres conceptos fueron incrementados con intereses, calculados sobre la base del art. 7.4.9 de los Principios UNIDROIT que, sin mayor explicación, se consideró “*una base adecuada para la determinación de intereses*”.

²⁷ “*Los asuntos de tasas de interés a menudo están relacionados con el mercado financiero de la moneda respectiva, en lugar de una lex causae particular (es decir, la ley aplicable al fondo). De hecho, un acreedor impago sufrirá un daño que se mide mejor de acuerdo con el costo de pedir prestada la suma en el mercado relevante para la moneda a las tasas comerciales comúnmente utilizadas para esa moneda en particular. Por ejemplo, los Principios UNIDROIT de 2004 disponen lo siguiente: [...] Ciertamente, la tasa promedio de los préstamos bancarios a corto plazo para los prestatarios preferenciales de la moneda en cuestión en el lugar del pago es una fórmula utilizada con frecuencia en el arbitraje internacional. La disposición de respaldo en los Principios UNIDROIT sugiere mirar la tasa adecuada fijada por la ley del Estado de la moneda de pago, que en el presente caso será EE. UU. y la UE*” (traducido del inglés por la Autora).

²⁸ “*Considerando que los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (edición 2010) del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado establecen, en su artículo 7.4.2, el derecho del acreedor a la reparación integral del daño sufrido como consecuencia del no cumplimiento, incluyendo dicho daño tanto cualquier pérdida que haya sufrido como cualquier ganancia de la que se haya visto privado, el Artículo 7.4.2 dispone lo siguiente: [...]*” (traducido del inglés por la Autora).

²⁹ “*Considerando que el Artículo 7.4.3(3) de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (edición de 2010) establece que cuando el monto de los daños no pueda establecerse con suficiente grado de certeza, la evaluación quedará a discreción del tribunal: Artículo 7.4.3 dispone lo siguiente: [...]*” (traducido del inglés por la Autora).

³⁰ El art. 26, párrafo 6 del Tratado establece que: “*En virtud del apartado 4) se creará un tribunal que decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente Tratado y a las normas del Derecho Internacional aplicables*” (en inglés: *A tribunal established under paragraph (4) shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law*).

24. En el laudo parcial emitido en un arbitraje *ad hoc* con sede en Bruselas el 19 de agosto de 2005, *EUREKO BV vs. Republic of Poland*, relativo a un acuerdo de compra de acciones celebrado entre una empresa holandesa y el Gobierno polaco en el contexto de un proceso de privatización de una compañía de seguros polaca de propiedad totalmente estatal, el Tribunal de Arbitraje aplicó los Principios UNIDROIT al basarse en las disposiciones del TBI Países Bajos-Polonia, que autorizaba expresamente a decidir la disputa también “sobre la base de las reglas y principios del derecho internacional universalmente reconocidos”. En este contexto, el Tribunal, para determinar si la empresa holandesa podía invocar un motivo de infracción, se refirió al artículo 7.1.3(1) de los Principios UNIDROIT y afirmó que este motivo solo se aplica a los casos de cumplimiento simultáneo o condicional. En el caso, sin embargo, el incumplimiento por parte del Gobierno polaco, respecto del cual la empresa neerlandesa pretendía formular una objeción, se relacionaba claramente con una obligación separada que debía cumplirse en una etapa posterior³¹.

25. En el laudo del CIADI del 16 de junio de 2010 *Gemplus & Talsud vs. México*, relativo a un contrato de concesión para el desarrollo y mantenimiento de un registro nacional de vehículos celebrado entre dos empresas franco-argentinas y el Gobierno mexicano, el Tribunal de Arbitraje aplicó el TBI Francia - México y el TBI Argentina - México. Ambos requieren que el Tribunal de Arbitraje decida de conformidad con el TBI respectivo y “las reglas y principios pertinentes del derecho internacional”. Luego de constatar que México había violado sus obligaciones en materia de expropiación de conformidad con ambos TBI, el Tribunal de Arbitraje abordó el tema de la compensación por pérdida de oportunidad recordando el art. 7.4.3 de los Principios UNIDROIT³² y, para determinar cuáles eran los elementos de prueba necesarios para reconocer esta forma de compensación en el derecho internacional, citó el art. 36 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, redactado por la Comisión de Derecho Internacional en 2001, que establece que debe existir un nivel razonable de certeza sobre los flujos de ingresos futuros. En apoyo de este principio, la Corte citó nuevamente el art. 7.4.3(1) de los Principios UNIDROIT que requiere un ‘grado razonable de certeza’³³, afirmando que “*estos principios generales podrían examinarse desde el punto de vista de varios otros sistemas jurídicos nacionales (tanto del common law como del derecho civil), pero no es necesario hacerlo aquí porque [...] estos principios están ampliamente reafirmados en los Principios UNIDROIT [...]*”³⁴.

26. En el caso *Suez y otros v. República Argentina* (laudo del CIADI de 30 de julio de 2010), relativo a una concesión por treinta años para la distribución de agua y tratamiento de aguas residuales en Argentina a favor de tres empresas, constituidas de forma diversa en el Reino Unido, Francia y Espa-

³¹ “Sin decidir si la excepción de incumplimiento es una máxima de interpretación o una regla de derecho internacional, el Tribunal opina que la excepción no puede ayudar a la Demandante porque se aplica esencialmente a casos de cumplimiento simultáneo o condicional. Por ejemplo, el Artículo 7.1.3 de los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales establece que “Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación” si la otra parte no está dispuesta y no es capaz de cumplir” (traducido del inglés por la Autora).

³² “El concepto de pérdida de oportunidad, o la pérdida de una chance, está reconocido en una serie de sistemas legales nacionales, así como en los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales. Estos últimos disponen en el Artículo 7.4.3(2) que, “[l]a compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza”. Se sugiere que la posibilidad de obtener un beneficio es un activo con valor propio, y que la compensación por la pérdida de una oportunidad es una alternativa a la concesión del lucro cesante propiamente dicho en los casos en que el reclamante no haya podido probar la cantidad del presunto lucro cesante con el grado de certeza requerido, pero cuando el tribunal se convenció de que la pérdida efectivamente ocurrió”. (traducido del inglés por la Autora).

³³ “Cabe señalar que el Artículo 7.4.3(1) de los Principios UNIDROIT requiere un “grado razonable de certeza” para establecer la compensación por daños futuros, lo que confirma aún más que el requisito de certeza para probar el reclamo de compensación de un demandante es relativo y no es incompatible con la concesión de una indemnización por pérdida de oportunidad, ni esta última necesariamente vinculada a la facultad de un árbitro de decidir *ex aequo et bono*” (traducido del inglés por la Autora).

³⁴ “Sería posible ilustrar estos principios generales a partir de varios otros sistemas legales nacionales (tanto de derecho consuetudinario como civil); pero no es necesario hacerlo aquí porque, en primer lugar, dichos principios se reafirman ampliamente en los Principios UNIDROIT; y, en segundo lugar, el Tribunal no tiene ninguna duda de que principios similares forman parte del derecho internacional, tal como se expresa en los Artículos de la CDI. Además, la ley aplicable en este caso no es la inglesa, mexicana, canadiense o cualquier otra ley nacional” (traducido del inglés por la Autora).

ña, que actuaban a través de una subsidiaria argentina, los Principios UNIDROIT fueron mencionados en la opinión separada emitida por el árbitro designado por el Gobierno argentino, quien discrepó de la conclusión mayoritaria de que el Estado anfitrión, al obligar a la subsidiaria argentina a renegociar la concesión durante la crisis financiera, había violado su obligación de tratar a los inversores extranjeros de manera justa y equitativa. En apoyo de su conclusión,³⁵ el Árbitro se refirió a los Artículos 6.2.2 y 6.2.3 de los Principios UNIDROIT, en tanto que expresión de un estándar internacional para los contratos a largo plazo, que en caso de dificultades imponen a las partes la obligación de renegociar el contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias.

27. También en otro caso CIADI relativo a Argentina, *El Paso Energy International Company vs Argentina*, decidido con un laudo del 31 de octubre de 2011 y relativo a una serie de inversiones en el sector energético argentino realizadas por una empresa estadounidense, se hizo referencia a los Principios UNIDROIT como expresión del derecho internacional a que se refiere el TBI Argentina-EE. UU.³⁶ Según el Tribunal de Arbitraje, en virtud de los Principios UNIDROIT, definidos como “una especie de reafirmación internacional del derecho contractual que refleja las normas y principios aplicados por la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales”, la exención de responsabilidad por incumplimiento u otros tipos de recursos quedan excluidos si la parte que las invoca tuviera el “control” de la situación o en el caso de que fuera “gravemente desleal” permitir tal exención. El Tribunal Arbitral recordó, en particular, el artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT, que establece que los hechos causantes la *hardship* deben ser “ajenos a la esfera de control de la parte en desventaja”; el Artículo 7.1.6 que, según el Tribunal, “establece que una parte no puede hacer uso de la exención de responsabilidad si sería manifiestamente injusto hacerlo, habiendo respecto de los fines del contrato”; y finalmente el artículo 7.1.7, según el cual la fuerza mayor justifica el incumplimiento de un contrato si la parte incumplidora “prueba que el incumplimiento se debe a un impedimento que escapa a su esfera de control y que no estaba razonablemente obligada a prever en el momento de la celebración del contrato, ni a evitar o superar el impedimento en sí mismo o en sus consecuencias”³⁷. Sobre la base de estos principios, el Tribunal descartó que el Estado argentino pudiera invocar el estado de necesidad para justificar la ilegalidad de su trato hacia el inversionista extranjero, ya que la propia Argentina había creado esta situación de necesidad o en todo caso había contribuido significativamente a su creación.

28. Más recientemente, en el caso del CIADI *Koch Minerals Sàrl y Koch Nitrogen International Sàrl vs. Venezuela*, decidida con laudo de 30 de octubre de 2017, los Principios UNIDROIT han sido invocados reiteradamente, junto con la CNUCCIM, en la opinión disidente emitida por uno de los Árbitros. En particular, el Árbitro designado por el Gobierno de Venezuela cuestionó la cuantificación de los daños que pueden ser indemnizados como consecuencia de la violación, por parte del Estado receptor, del TBI Suiza-Venezuela por falta de indemnización por una expropiación contra una empresa suiza. El

³⁵ Los tres TBI aplicables al presente caso (Argentina-Francia, Argentina-España y Argentina-Reino Unido) contenían una referencia a los “principios generales del derecho internacional” como el derecho aplicable a cualquier controversia que surja en relación con el tratado de inversión individual en conjunto con lo dispuesto en este último.

³⁶ El Tribunal Arbitral decidió evaluar sobre la base del TBI y el derecho internacional la posible responsabilidad del Estado demandado por la violación del tratado de inversión, mientras que el derecho argentino, también mencionado en el tratado, habría servido para identificar los derechos reconocidos por Argentina a el solicitante como inversor extranjero.

³⁷ “Difícilmente se puede dudar de que existe un principio general sobre la exclusión de la ilicitud en ciertas situaciones, como lo confirman los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales, una especie de reformulación internacional del derecho de los contratos que refleja reglas y principios aplicados por la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales. El Artículo 6(2)(2) de estos Principios, que trata sobre “hardship”, establece que los eventos que causan dificultades “escapan al control de la Parte en desventaja”. El artículo 7(1)(6) sobre “cláusulas de exoneración” prescribe que una parte no puede reclamar la exoneración de responsabilidad “si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato”. Finalmente, el Artículo 7(1)(7), relativo a la “fuerza mayor” (*vis maior*) excusa el incumplimiento de un contrato “...si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias”. Por lo tanto, la exención de responsabilidad por incumplimiento u otras formas de compensación quedan excluidas de conformidad con los Principios UNIDROIT si la Parte que los afirma “tiene el control” de la situación o si sería “extremadamente injusto” permitir tal exención” (traducido del inglés por la Autora).

Tribunal afirmó que “*el derecho internacional reconoce la indemnizabilidad únicamente del daño que hubiera podido ser anticipado o previsto por las partes al momento de la celebración del contrato*”, refiriéndose expresamente al art. 7.4.4 Principios UNIDROIT y art. 74 CNUCCIM³⁸. Además, en su opinión, el lucro cesante debía calcularse sobre la base del art. 7.4.5 Principios UNIDROIT y art. 75 CNUCCIM (diferencia entre el precio estipulado en el contrato y el precio pagado por el comprador por los bienes de reemplazo) o de conformidad con el art. 7.4.6 Principios UNIDROIT y art. 76 CNUCCIM (diferencia entre el precio estipulado en el contrato y el precio de mercado en la fecha prevista para la entrega, en caso de falta de adquisición de bienes de reemplazo), considerando también la obligación de las partes de mitigar el daño (Art. 7.4.8 Principios UNIDROIT y Art. 77 CNUCCIM)³⁹. En el caso en cuestión, según el Árbitro, el inversionista extranjero no logró demostrar el precio efectivamente pagado por los bienes adquiridos luego del decreto de expropiación y el perito designado por él ignoró este elemento a efectos del cálculo del daño recuperable.

29. Para concluir, en algunos casos la referencia a los Principios UNIDROIT se produjo sin que los árbitros se sintieran obligados a justificar su relación con el derecho aplicable. Sin embargo, éstos representan la tendencia internacional más moderna en relación con las cuestiones de mérito abordadas por los Tribunales de Arbitraje.

30. En el caso de *African Holding Company of America, Inc. & Société Africaine de Construction au Congo SARL v. Democratic Republic of Congo* (laudo CIADI del 29 de julio de 2008), una empresa congoleña controlada por un holding estadounidense denunció que el Gobierno de la República Democrática del Congo habría violado el TBI que entró en vigor en 1984 entre los Estados Unidos y la República del Congo Zaire (hoy República Democrática del Congo), en relación con un contrato celebrado con su filial. El Estado demandado planteó dos excepciones relativas a la falta de competencia de los árbitros: por un lado, impugnó la celebración válida y efectiva del contrato a falta de prueba escrita; por otro, afirmó que, en el momento del inicio de la disputa, la empresa demandante aún no era de propiedad estadounidense y, por lo tanto, no podía invocar el TBI. En su decisión, el Tribunal Arbitral, sin dar más explicaciones, recordó las siguientes disposiciones de los Principios UNIDROIT: art. 1.2 para afirmar que el contrato en cuestión no necesariamente tenía que celebrarse por escrito⁴⁰; el art. 2.1.1 para argumentar que el comportamiento de las partes demostró con suficiente certeza que se había llegado a un acuerdo⁴¹; el art. 7.1.1 para declarar su incompetencia por cuanto el incumplimiento del contrato (falta de pago del precio en el momento de la finalización de las obras) se había producido cuando la empresa congoleña aún no estaba controlada por la estadounidense y por tanto este último no tenía derecho a demandar en su nombre⁴². Sin embargo, en una opinión disidente del 14 de julio de 2008, uno

³⁸ “*El derecho internacional exige que la pérdida recuperable podría haber sido anticipada o prevista por las partes en el momento de la celebración del contrato (Véase también los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2004) (‘Principios UNIDROIT’) Art. 7.4.4; Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980) (‘CNUCCIM’), Art. 74*” (traducido del inglés por la Autora).

³⁹ “*El lucro cesante del comprador en el contexto de un contrato para la venta de bienes se calcula como la diferencia entre el precio del contrato y el precio pagado por el comprador por los bienes de reemplazo (ver, por ejemplo, CNUCCIM, Art. 75; Principios UNIDROIT, Art. 7.4.5) o la diferencia entre el precio del contrato y el precio de mercado en el momento en que deberían haberse realizado las entregas si no se compraron bienes de reemplazo (Ver, por ejemplo, CNUCCIM, Art. 76; Principios UNIDROIT, Art. 7.4.6. Siempre existe el deber de mitigar la pérdida: CNUCCIM, Art. 77; Principios UNIDROIT, Art. 7.4.8)*” (traducido del inglés por la Autora).

⁴⁰ “[...] [L]os contratos no tienen que estar por escrito bajo la ley congoleña o la ley internacional. De hecho, el artículo 1.2 de los Principios UNIDROIT [...] establece expresamente que un contrato no necesita celebrarse ni probarse por escrito y que puede probarse por cualquier medio, incluso mediante testigos” (traducido del francés por la Autora).

⁴¹ “*Se llega a la misma conclusión si se examina el caso desde el punto de vista de los Principios UNIDROIT antes mencionados, en particular del hecho de que, según el Artículo 2.1.1, un contrato también puede inferirse del comportamiento de las partes que indica suficientemente su acuerdo, como es el caso aquí, aunque no se ha producido ningún texto escrito*” (traducido del francés por la Autora).

⁴² “*El hecho es que la República Democrática del Congo ha incumplido sus obligaciones en virtud del contrato, lo que por lo tanto se relaciona con una situación de incumplimiento prevista en el Artículo 7.1.1 de los Principios UNIDROIT. En el mismo artículo, el incumplimiento comprende la ejecución defectuosa o extemporánea. Además, el hecho de que la República*

de los tres árbitros recordó, junto con el art. 7.1.1, también los artículos 7.1.5(1) y 7.1.4 de los Principios UNIDROIT para afirmar que las sociedades demandantes habían reaccionado ante el incumplimiento del Gobierno congoleño cuando éste había declarado expresamente que no quería pagar el precio en su totalidad, y por tanto sólo a partir de este momento debe considerarse que la disputa fue establecida⁴³.

31. Esta última decisión también fue retomada en un laudo posterior del CIADI de 1 de junio de 2012, *Pac Rim Cayman vs El Salvador*, relativo a una disputa entre una empresa estadounidense y el Gobierno de la República de El Salvador por la violación por parte de este último del *Tratado de Libre Comercio con Centroamérica* (CAFTA). El Tribunal Arbitral negó su jurisdicción porque, según dicho tratado, la jurisdicción arbitral se refería únicamente a disputas entre ciudadanos de los dos Estados contratantes, mientras que en el caso en cuestión la disputa surgió en un momento en que el demandante aún no era una empresa constituida bajo la ley estadounidense, pero constituida bajo las leyes de las Islas Caimán. Según el Tribunal Arbitral, tratándose de una concesión minera fallida, el inicio de la controversia debía remontarse al momento en que la recurrente solicitó los permisos ambientales y la concesión de explotación, y no al momento en que el Gobierno de El Salvador había declarado expresamente que no quería otorgarlos. Al hacerlo, el Tribunal recordó el laudo dictado en el caso de *African Holding Company of America, Inc. y Société Africaine de Construction au Congo SARL v. Democratic Republic of Congo* y la referencia allí contenida al art. 7.1.1 de los Principios UNIDROIT, según el cual el concepto de incumplimiento incluye también la ejecución incorrecta o tardía.

32. Aún más emblemático de este enfoque “libre” de los árbitros hacia los Principios UNIDROIT es el laudo del CIADI del 18 de abril de 2017, en el caso *Marco Gavazzi & Stefano Gavazzi v. Romania*, relativo a la inversión de dos ciudadanos italianos (compra del 70 % de las acciones) en una empresa siderúrgica rumana en proceso de privatización: la referencia a los Principios UNIDROIT sirvió a los árbitros para justificar la decisión de conceder a los demandantes, no sólo la restitución del capital invertido (con intereses), sino también la compensación por la “pérdida de oportunidad” de beneficiarse del capital invertido. En particular, el Tribunal Arbitral, invocando el art. 4(4) del TBI Italia-Rumanía, que permite que, en caso de que el valor real y justo de mercado de la inversión no pueda determinarse fácilmente, la indemnización se determine sobre la base de criterios objetivos de equidad, ha decidido tener recurso al derecho internacional⁴⁴, y en particular al art. 7.4.3 de los Principios UNIDROIT con el relativo Comentario, para reconocer y cuantificar este ítem de daño⁴⁵. Además, los

Democrática del Congo ofreciera renegociar las reclamaciones y pagar solo una fracción de su valor no puede equipararse a una negativa oficial. Incluso si la República Democrática del Congo hubiera accedido a pagar y, de hecho, no lo hiciera, la naturaleza de la controversia habría seguido siendo la misma: antes y después de la fecha crítica no se liquidó el monto del trabajo realizado. Se mantiene, pues, esta figura de denegación de competencia” (traducido del francés por la Autora).

⁴³ “Es cierto que, según esta disposición [art. 7.1.1 Principios UNIDROIT], el incumplimiento de una de las partes también incluye el cumplimiento defectuoso o tardío. Pero ese no es el problema. La cuestión es si el incumplimiento puede identificarse como una “disputa”. El Capítulo 7 de los Principios UNIDROIT, ya sea que se lea literalmente o en espíritu, demuestra lo contrario. Por ejemplo, el Artículo 7.1.5(1), dispone: [...]. Otras disposiciones (como el Artículo 7.1.4) indican de manera similar que el incumplimiento no constituye necesaria y automáticamente una disputa. De hecho y desde un punto de vista jurídico, corresponde al acreedor decidir si (y cuándo) opta por transformar en litigio el incumplimiento de su obligación por parte de su deudor” (traducido del francés por la Autora).

⁴⁴ “En el arbitraje internacional de inversiones, donde los árbitros tienen que aplicar los tratados internacionales de inversiones y los principios generales del derecho internacional, debido a la dimensión del derecho internacional y los asuntos en los que el público tiene interés, el principio de iura novit curia tiene incluso un impacto más sustancial que en el arbitraje comercial internacional. Las partes no tienen derecho de veto sobre los principios jurídicos internacionales a aplicar. El Tribunal puede llegar a su razonamiento jurídico sobre el resultado del caso independientemente de las teorías jurídicas defendidas por las partes siempre que haya presentado las teorías jurídicas para comentarios a las Partes de manera justa y adecuada”. (traducido del inglés por la Autora).

⁴⁵ “El principio de “pérdida de oportunidad” como base para la compensación, en un enfoque comparativo, se ilustra mejor en los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (2004, ya que se revisaron sin importancia). El Artículo 7.4.3 (Certeza del Daño) dispone: [...]. En cuanto al segundo párrafo, el comentario de UNIDROIT dice: “El párrafo (2) incluye además la pérdida de una expectativa o “chance”, obviamente sólo en proporción a la probabilidad de su ocurrencia. Por lo tanto, el propietario de un caballo que llega demasiado tarde para correr una competición como consecuencia del retraso en su transporte no puede reclamar una compensación equivalente al primer premio, aun cuando el caballo

Árbitros citaron el laudo del CIADI del 28 de marzo de 2011 *Joseph Charles Lemire vs. Ukraine*, que establecía que “*se permite una compensación por pérdida de oportunidad, cuyo monto normalmente se calcula multiplicando la pérdida máxima hipotética debida a la probabilidad que se materialice la oportunidad favorable*” refiriéndose al ejemplo informado en el Comentario Oficial 2 al art. 7.4.3 de los Principios UNIDROIT⁴⁶.

33. Finalmente, en el caso *Bilcon of Delaware et al vs. Government of Canada*, decidido por la Corte Permanente de Arbitraje con laudo de 10 de enero de 2019 y relativo al incumplimiento por parte del Gobierno de Canadá de ciertas obligaciones derivadas del Tratado NAFTA tras la no aprobación de un proyecto para la construcción y operación de una cantera, los Principios UNIDROIT fueron citados por uno de los Árbitros en su opinión concurrente. El Árbitro, si bien estuvo de acuerdo con el Panel sobre el monto de la indemnización reconocida a los recurrentes, quiso precisar su opinión sobre el tipo de daño que puede ser indemnizado y sobre su cuantificación: en particular, consideró que era más correcto hablar de compensación por la pérdida de oportunidad, en lugar de pérdida de ingresos, ya que la pérdida sufrida por los solicitantes debía verse como una pérdida de oportunidad, no de certeza, de obtener la aprobación regulatoria y, por lo tanto, de ejecutar el proyecto de manera rentable. En este contexto, el Árbitro citó el art. 7.4.3(2) de los Principios UNIDROIT⁴⁷, así como el laudo del CIADI en el caso *Gemplus & Talmud vs. Mexico* de 16 de junio de 2010, que había adoptado una solución mediana entre el reembolso de los costos de inversión únicamente y una evaluación basada en los flujos de caja futuros descontados de una empresa exitosa, teniendo en cuenta que no había certeza sobre la rentabilidad del proyecto como se pretendía originalmente, pero aún había una probabilidad razonable de éxito⁴⁸.

V. Para concluir

34. No es posible saber con certeza qué porcentaje representan los laudos publicados respecto al total de laudos emitidos en arbitrajes internacionales de inversión que efectivamente han aplicado los Principios UNIDROIT. Esperamos que se puedan analizar muchos más gracias al nuevo proyecto sobre contratos de inversión entre UNIDROIT y el ICC *Institute of World Business Law*.

35. Sin embargo, a pesar de estas limitaciones, el mero hecho de que se encuentren un número elevado de decisiones y que en algunos casos la referencia a los Principios sea inequívoca e incisiva a los efectos de la decisión, nos fortalece en la creencia de que una cultura jurídica se extiende que no sólo ve favorablemente estos instrumentos jurídicos, pero los considera como la solución más adecuada también para dirimir disputas en circunstancias con un componente innato de carácter ‘público’.

36. Esta me parece la mejor premisa para comenzar a evaluar la aplicación de los Principios a los contratos de inversión.

fuese el favorito”. En lo que respecta al tercer párrafo, el comentario dice: “... cuando el monto del resarcimiento no pueda establecerse con cierto grado de certeza, el tribunal está facultado para cuantificarla equitativamente, en lugar de rechazarla o conceder una suma simbólica”. Por supuesto, el Tribunal es consciente de que sus cálculos de pérdida de oportunidad no pueden ser un ejercicio científico, matemático o forense riguroso. Sin embargo, considerando lo que sugieren las decisiones y los comentarios internacionales y nacionales, incluidos los Principios UNIDROIT, y lo que realmente está ante el Tribunal en este caso como prueba, es un ejercicio difícil pero no imposible” (traducido del inglés por la Autora).

⁴⁶ “En *Lemire v. Ucrania*, el tribunal del CIADI adoptó un enfoque similar, reconociendo que una pérdida de oportunidad podría valorarse por derecho propio con suficiente certeza a los efectos de evaluar la compensación. Decidió lo siguiente, adoptando la prueba sugerida en los Principios UNIDROIT: [...] La compensación por una oportunidad perdida es admisible, y normalmente se calcula como la pérdida máxima hipotética, multiplicada por la probabilidad de que la oportunidad se materialice. Para tomar el ejemplo dado en el Comentario Oficial a los Principios UNIDROIT: [...]” (traducido del inglés por la Autora).

⁴⁷ “Algunos ordenamientos jurídicos permiten la recuperación por ‘pérdida de oportunidad’ o ‘pérdida de chance’. El Artículo 7.4.3(2) de los Principios UNIDROIT de los Contratos Comerciales Internacionales, que se basa en los sistemas legales nacionales, por ejemplo, establece que: [...]” (traducido del inglés por la Autora).

⁴⁸ Véase más arriba.

Los contratos de distribución en Europa a través de las normas de Derecho de la competencia europeo. Las novedades aportadas por el Reglamento (UE) 2022/720 de exención de acuerdos verticales

Distribution contracts in Europe through the rules of European competition law. The novelties provided by Regulation (EU) 2022/720 on the exemption of vertical agreements

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5639-2301

Recibido 22.12.2022 / Aceptado:18.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7532

Resumen: El 1 de junio de 2022 entró en vigor en el ordenamiento jurídico español el *Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 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*. Este Reglamento sustituye al Reglamento 330/2010, el cual permitía que acuerdos de distribución que pudieran contener restricciones de competencia contrarias al artículo 101.1 TFUE pudieran quedar exentos de prohibición al cumplir los criterios que establecía el propio Reglamento y las Directrices que lo acompañaban. En la actualidad y hasta el 31 de mayo de 2034 el Reglamento clave para verificar si un contrato de distribución cumple con las normas del Derecho de la competencia europeo será el citado Reglamento (UE) 2022/720. El objetivo de este trabajo es el estudio de las novedades que presenta el Reglamento 2022/720 frente a su antecesor el Reglamento 330/2010.

Palabras clave: Acuerdo vertical, Derecho de la competencia europeo, contratos de distribución, productos de lujo, restricciones de la competencia.

Abstract: On June 1, 2022, *Commission Regulation (EU) 2022/720 of 10 May 2022 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices* entered into force in the Spanish legal system. This Regulation replaces Regulation 330/2010, which allowed distribution agreements that may contain competition restrictions contrary to article 101.1 TFUE to be exempt from prohibition by meeting the criteria established by the Regulation itself and the Guidelines that accompanied it. At present and until May 31, 2034, the key Regulation to verify whether a distribution contract complies with the rules of European competition law will be the aforementioned Regulation (EU) 2022/720. The objective of this paper is the study of the novelties presented by Regulation 2022/720 compared to its predecessor Regulation 330/2010.

Keywords: Vertical agreement, European competition Law, distribution agreements, luxury products, competition restraints.

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2020-112707GB-I00, MODA Y BIENES INMATERIALES, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033”.

Sumario: I. Introducción. II. Punto de partida: El art. 101.1TFUE. III. La revisión del Reglamento 330/2010. IV. Los sistemas de distribución exclusiva y selectiva. 1. Aproximación inicial. 2. La configuración de la distribución exclusiva. 3. La distribución selectiva en el Reglamento (UE) 2022/720. A) Aproximación a la distribución selectiva. B) Los criterios para la selección de los miembros de la red. C) Características de la distribución selectiva. 4. Las restricciones a la reventa que el Reglamento (UE) 2022/720 autoriza en los diferentes sistemas de distribución. V. Las cláusulas relativas a la fijación de los precios de reventa. VI. La distribución dual. VII. Las restricciones relativas a la venta *on line*. 1. Aproximación inicial. 2. Los asuntos que han modulado las normas de competencia en relación a las restricciones de la venta *on line* de distribuidores autorizados. A) Introducción. B) La jurisprudencia del TJUE: De Pierre Fabre a Coty Germany. C) Las decisiones de la Comisión Europea. 3. Las restricciones que puede exigir el proveedor respecto a la venta *on line* en el Reglamento 2022/720. 4. Las restricciones del proveedor respecto a la publicidad *on line* en el Reglamento 2022/720. VIII. Las cláusulas de paridad. 1. Concepto. 2. La regulación de las cláusulas de paridad de precios en el Reglamento (UE) 2022/720. IX. Las cláusulas de no competencia. X. El contrato de agencia. 1. Marco jurídico. 2. Objeto del contrato. 3. Diferencia con otros contratos de distribución e implicaciones para el Derecho de la competencia europeo. 4. Las novedades que introduce el Reglamento (UE) 2022/720 en relación al contrato de agencia. XI. Conclusiones.

I. Introducción

1. La distribución comercial es un aspecto clave en cualquier industria, y como no podía ser de otro modo, también en la de la moda, el lujo y la de la belleza. La distribución es la vía por la cual los productos pueden llegar al cliente final. Así, cómo se organice la misma será un aspecto crucial para el desarrollo y expansión nacional e internacional de la empresa que opera en el sector textil.

2. La industria de la moda es una industria internacional por excelencia. El elemento extranjero está presente en muchas fases de su cadena de valor, la cual es larga y compleja y se caracteriza por el gran número de empresas involucradas en la misma. Así, para la fabricación de prendas de vestir, hay que tener en cuenta fases que van desde la extracción de la materia prima, su hilado, confección, la preparación de su acabado pero también todo lo relacionado con su empaquetado y distribución.

Por lo tanto, esta industria presenta peculiaridades y las mismas impactan en la distribución. Así, hay que tener en cuenta que no todos los productos de este sector son iguales, aunque pueda parecer una obviedad, no es lo mismo la comercialización de prendas de vestir den negocio de la moda basado en el *fast fashion*, que prendas de alta costura ni tampoco que productos de alta joyería. Del mismo modo que tampoco lo es, la venta de sábanas, trapos de cocina o colchones que no dejan de ser productos textiles. Esa variedad de productos que fabrica la industria textil hace que también varíe el tipo de distribución. Un aspecto clave que deberíamos tener presente en este estudio es que la distribución es un medio para que el producto llegue al cliente final y ésta debe adaptarse al tipo de producto.

3. Así, dada la variedad de productos que podrían ser considerados textiles podríamos decir que podrían tener lugar contratos de distribución muy variados entre sí. Contratos de distribución que el fabricante o proveedor puede celebrar con mayoristas, los que podrían celebrar éstos entre sí y también los que afectan a la distribución al por menor. En el presente trabajo, nos vamos a centrar especialmente en la distribución que afecta a productos de moda de cierta categoría, de cierto nivel, en especial aquellos que tienen que ver con los productos considerados de lujo. Bienes tales como perfumes, cosméticos, relojes, joyas y otros accesorios de moda. En relación a este tipo de productos, la distribución no es tan cíclica y estacional como puede suceder en las prendas de vestir y complementos, por lo que va a tener un importante impacto en el modo en el que fabricante o proveedor quieren que el producto llegue al cliente final. Esto hace que los contratos que vamos a analizar en este capítulo se basen en una relación estrecha de colaboración y de confianza entre fabricante/proveedor y distribuidores donde las obligaciones de ambas partes van mucho más allá de la compra-venta de mercancías. Esto hace que este tipo de contratos sean jurídicamente complejos a la par que apasionantes. Esta complejidad inherente en los

contratos de distribución es debido a la relación que guardan con el Derecho de la competencia, ya sea europeo o nacional. Las partes, proveedor y distribuidor, no pueden establecer en su contrato de distribución cualquier tipo de cláusula. Aunque tienen libertad a la hora de desarrollar tales contratos siempre se deben tener presentes los límites derivados del Derecho de la competencia. Así, *ad ex.*, en un contrato de distribución, con independencia del tipo que sea, bien franquicia, de distribución exclusiva o selectiva, no es posible que el proveedor imponga al distribuidor el precio al que debe vender los productos al cliente final.

4. El análisis sobre las cláusulas que se pueden incorporar en los contratos de distribución se va a llevar a cabo en atención a las normas de competencia europeas. En particular, el estudio se va a realizar en atención al *Reglamento UE 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 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* (en adelante, Reglamento UE 2022/720)¹. Este Reglamento ha entrado en vigor recientemente, el pasado 1 de junio de 2022 y sustituye al *Reglamento 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del art. 101 apartado 3, del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*² (en adelante, Reglamento 330/2010)³.

5. Así, el presente trabajo consiste en analizar los cambios que ha implicado el nuevo Reglamento de acuerdos verticales en la configuración de los diferentes sistemas de distribución y de agencia.

II. Punto de partida: El artículo 101 TFUE

6. El art. 101.1 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴ (en adelante, TFUE) establece que quedarán prohibidos todos los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto restringir o falsear la competencia. Este precepto es clave en el Derecho de la competencia europeo debido a que es junto con el art. 102 TFUE, destinado a prohibir los abusos de posición de dominio en el mercado, el núcleo duro de las normas de competencia. El art. 101.1 encuentra su homólogo en el Derecho de defensa de la competencia español en el art. 1.1 de la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia* (en adelante, LDC)⁵. El art. 101 no diferencia entre tipos de acuerdos, se aplica a todo tipo, con independencia de que sean verticales u horizontales⁶. Es decir, los acuerdos verticales son aquellos celebrados por empresas situadas en diferentes fases de la cadena de producción y/o distribución. Por lo tanto, en los acuerdos verticales no son empresas competidoras las que celebran el acuerdo. Sin embargo, no sucede lo mismo en los acuerdos horizontales, ya que las empresas están situadas en la misma fase de la cadena de producción y/o distribución. Sin embargo, a pesar de que el art. 101.1 TFUE prohíbe todo tipo de acuerdos que provoquen efectos perniciosos en el mercado común, no significa que todos los acuerdos causen el mismo efecto en el mercado, de ahí que la prohibición del citado artículo no sea absoluta. Así, generalmente los acuerdos entre partes no competidoras pueden presentar efectos más positivos que negativos para la competencia. De este modo, el art. 101.3 TFUE recoge una excepción a la prohibición general para aquellos acuerdos que aunque presenten restricciones para la competencia presentan también efectos positivos, siendo estos últimos superiores a los negativos.

¹ DOUE L 134, de 11 de mayo de 2022.

² DOUE L 102/1, de 23 de abril de 2010.

³ Para un estudio exhaustivo sobre este Reglamento *vid.* F.WILCMANS/J.GUTIÉRREZ GILSANZ/F.TUITSCHAEVER/C.HERRERO SUÁREZ, *Contratos de distribución y Derecho de la competencia*, Aranzadi, 2021, pp. 159-444.

⁴ DOUE C 83/47, de 30 de marzo de 2010.

⁵ BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007.

⁶ En la doctrina *vid.*, R. WISH/ D. BAILEY, *Competition Law*, 13th edition, Oxford University Press, 2021, p. 122. En la jurisprudencia, STJUE 14 julio 1966, asunto 56 y 58, *Consten and Grundig*, ECLI:ES:EU:1966:41.

7. La exención de prohibición del art. 101.3 TFUE se materializa de dos posibles maneras. Por un lado, se encuentra la exención en bloque. Por el otro la exención individual. La exención en bloque se desarrolla mediante los Reglamentos europeos de exención por categorías⁷. Estos Reglamentos ofrecen un puerto seguro, unas condiciones claras para que las partes sepan que aunque el acuerdo pudiera tener efectos restrictivos en el mercado común, quedaría exento automáticamente si cumple con las condiciones expuestas en el Reglamento. Estos Reglamentos permiten la autoevaluación. Es decir, las partes determinan si el acuerdo puede beneficiarse o no de la exención en bloque. La autoevaluación y aplicación de los Reglamentos de exención por categorías es consecuencia en gran medida al *Reglamento (CE) n.º 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado* (en adelante, R. 1/2003). Con la entrada en vigor de este Reglamento dejó de ser necesario comunicar y/o notificar a la Autoridad de competencia europea -la Comisión europea- los acuerdos celebrados entre empresas⁸. Desde entonces, las partes deben atenerse a lo dispuesto en los Reglamentos de exención y sus Directrices para saber si su acuerdo está permitido o prohibido de acuerdo a las normas de competencia. No obstante, en relación a los acuerdos verticales hay que tener en cuenta que los cambios que implicó el citado Reglamento 1/2003 no fueron de tanto calado como en otras áreas debido a que para este tipo de acuerdos ya existía un Reglamento de exención por categorías anterior a la entrada en vigor del Reglamento 1/2003. Este Reglamento era el *Reglamento (CE) n.º 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*⁹. Esta norma fue pionera en su época debido a que fue el primer Reglamento que permitió la exención por categorías en bloque para los acuerdos de distribución con independencia del tipo de contrato, eliminando¹⁰.

8. El Reglamento de exención por categorías o en bloque relevante en el presente trabajo es el relativo a los acuerdos verticales. Como posteriormente estudiaremos, un acuerdo vertical es un acuerdo de distribución. Un acuerdo en el que las partes que lo celebran no se encuentran en la misma fase de la cadena de producción y/o distribución. Es decir, las partes no son competidoras en el mercado en el que el acuerdo despliega efectos. El Reglamento de exención para acuerdos verticales es el ya citado *Reglamento (UE) 2022/720*. Este Reglamento se aplica directamente en el ordenamiento jurídico español en virtud de la remisión en bloque del *Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia*¹¹ y posteriormente del art. 1.4 LDC.

⁷ Actualmente los Reglamentos de exención por categoría son siete, estos son: 1) Reglamento UE 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 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; 2) Reglamento 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; 3) Reglamento (UE) n.º 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor; 4) Reglamento (UE) n.º 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización; 5) Reglamento (UE) n.º 1217/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo Texto pertinente a efectos del EEE; 6) Reglamento (CE) n.º 906/2009 de la comisión de 28 de septiembre de 2009 sobre la aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular (consorcios); 7) Reglamento (CE) n.º 169/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (Versión codificada).

⁸ DO L 1/1 de 4 de marzo de 2003.

⁹ DO núm. 336, de 29 de diciembre de 1999.

¹⁰ *Vid.* al respecto, I. ANTÓN JUÁREZ, I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, La Ley Wolters Kluwer, 2015, p. 254. Sobre el Reglamento 2790/1999 *vid. ad ex*, en la doctrina española M^a. T. ORTUÑO BAEZA, “Acuerdos verticales y Derecho de la Competencia: Comentario al Reglamento 2.790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas”, *Noticias de la Unión Europea*, 204, 2002.

¹¹ BOE núm. 90, de 15 de abril de 2003.

9. En el caso de que el acuerdo de distribución no caiga dentro de la exención en bloque se deberá analizar de forma individual en atención al art. 101.3 TFUE. De este modo, el acuerdo no exento en bloque podría tener una segunda oportunidad para no quedar prohibido en atención al art. 101.1 TFUE, y ésta es, la exención individual *ex lege* prevista en el art. 101.3 TFUE.

III. La revisión del Reglamento 330/2010

10. El Reglamento 330/2010 se ha estado aplicando para conceder exención a acuerdos de distribución desde el 1 de junio de 2010 (art. 10 Reglamento 330/2010) hasta la entrada en vigor del actual Reglamento 2022/720, es decir, el 1 de junio de 2022 (art. 11 Reglamento 2022/720). El proceso de revisión del Reglamento 330/2010 ha sido largo, ya que la Comisión ha estado trabajando en ello durante más de tres años. Una de las disyuntivas que tenía la Comisión era si dejaba expirar el Reglamento o lo modificaba. Finalmente, decidió modificarlo y como consecuencia de ello ha visto la luz el actual Reglamento (UE) 2022/720. No obstante, hay que tener presente como el propio Reglamento (UE) 2022/720 señala en su art. 10, que hay un periodo transitorio para esos acuerdos que sí cumplían la exención conforme al anterior Reglamento 330/2010 pero no la cumplen con el actual. Esos acuerdos tienen un año (desde el 31 de mayo de 2022 hasta el 31 de mayo de 2023) para adaptarse a la nueva normativa de exención por categorías y poder cumplir los requisitos para quedar bajo el paraguas de la exención en bloque.

11. El Reglamento (UE) 2022/720 no incorpora cambios trascendentales si lo comparamos con el Reglamento anterior. Su estructura es la misma que la del Reglamento 330/2010 y un acuerdo para quedar exento de prohibición debe básicamente cumplir los mismos criterios. Estos son: 1) El acuerdo, proveedor y distribuidor, de forma individual no pueden ostentar una cuota de mercado superior al 30% en el mercado de referencia; 2) El acuerdo no puede incluir una cláusula de las consideradas especialmente graves. Sin embargo, sí que hay aclaraciones y modificaciones en relación a determinadas materias, éstas son las siguientes:

- 1) Los sistemas de distribución selectiva y exclusiva.
- 2) Las cláusulas relativas a los precios de reventa.
- 3) La distribución dual.
- 4) Las restricciones relativas a las ventas por internet de distribuidores oficiales.
- 5) Las cláusulas de paridad.
- 6) Las cláusulas de no competencia.
- 7) Los contratos de agencia.

12. Vamos a proceder al análisis de cada una de estas materias.

IV. Los sistemas de distribución exclusiva y selectiva

1. Aproximación inicial

13. Un aspecto crucial de este Reglamento (UE) 2022/720, en consonancia con su predecesor, es el recoger en los arts. 4 y 5 una serie de restricciones que no quedan exentas con independencia de que no se supere el umbral de cuota de mercado del art. 3.1.

14. El art. 4 del Reglamento (UE) 2022/720 recoge las cláusulas consideradas restrictivas por el objeto o especialmente graves. Las restricciones por el objeto que se incluyan en un acuerdo lo anulan en su totalidad. Dichas cláusulas se consideran tan perjudiciales que no se salva de la nulidad ninguna otra

cláusula incluida en el acuerdo¹². Estas cláusulas, debido al afecto que provocan sobre la competencia, no se benefician de la exención en bloque¹³. Los acuerdos que incluyen estas cláusulas deben analizarse individualmente. Esto es así debido a que la inclusión de cualquiera de las cláusulas del art. 4 implica la presunción de que el acuerdo no cumple los requisitos del art. 101.3 TFUE¹⁴. Esto es consecuencia de que despliegan efectos contrarios a las reglas de competencia¹⁵. Incluso en los acuerdos de *minimis*, la inclusión de una cláusula especialmente grave puede dar lugar a que el acuerdo infrinja el art. 101.1 TFUE a pesar de la escasa cuota de mercado de las partes.

No obstante, esta presunción de ilicitud se puede desmontar. Las partes pueden probar la eficiencia de dichas cláusulas y que el acuerdo pase el test del art. 101.3 TFUE¹⁶. Además de lo anterior, es posible que un acuerdo que incluya cláusulas especialmente graves no sea contrario al art. 101.3 TFUE cuando no tiene un efecto en la competencia dentro del mercado común o en el comercio entre Estados miembros¹⁷.

15. Hay supuestos en los que la inclusión de cláusulas especialmente graves es objetivamente necesario y resulta positivo para la competencia conforme el art. 101.3 TFUE. Piénsese en los casos en los que se introduce un nuevo producto en un mercado. Al no existir una demanda previa del mismo, el distribuidor debe invertir para atraer a la clientela. Estas inversiones muchas veces son a fondo perdido, por lo que el distribuidor debe tener algún aspecto que le motive para acometer dichas inversiones. Un recurso para animar a los distribuidores es permitirle vender en exclusiva. La restricción de las ventas activas y pasivas durante un tiempo limitado incentiva al distribuidor a invertir¹⁸.

16. Una novedad que incluye el Reglamento (UE) 2022/720 con respecto al Reglamento 330/2010 es en relación a la configuración de los sistemas de distribución, así diferencia tres posibles sistemas de distribución. Estos serían: i) La distribución exclusiva; ii) La distribución selectiva; iii) La distribución gratuita¹⁹. El Reglamento introduce cambios en relación a la configuración de los sistemas de distribución exclusiva y selectiva y al tipo de restricciones a la reventa permitidas en los diferentes sistemas de distribución.

2. La configuración de los sistemas de distribución exclusiva

17. El art. 1.1 letra h del Reglamento 2022/720 define la distribución exclusiva como un sistema de distribución en el que “*el proveedor se reserva un territorio o grupo de clientes exclusivamente a sí mismo o a un máximo de cinco compradores, y restringe la venta activa en el territorio exclusivo o al grupo exclusivo de clientes para el resto de sus compradores*”. Esto implica que el proveedor puede restringir las ventas activas de otros distribuidores en el territorio o al grupo de clientes reservado por el proveedor.

18. El tratamiento que recibe la distribución exclusiva en el Reglamento de exención por categorías no ha cambiado. Sin embargo, el Reglamento introduce una modificación en la definición de distribución exclusiva con respecto al Reglamento 330/2010 debido a que el proveedor puede seleccionar hasta “*un máximo de cinco compradores*” por territorio. Esta novedad permite la “exclusividad compar-

¹² J. GOYDER, *EU Distribution Law*, 5 th ed, Hart Publishing, 2011, p. 105.

¹³ Directriz nº 70 relativas a las restricciones verticales.

¹⁴ *Vid.* R. WHISH, *Competition Law*..., p. 663; F. WICKMANS/ F. TUYTSCHAEVER, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, 2º ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 148.

¹⁵ Directrices nº 23 y 96 relativas a las restricciones verticales.

¹⁶ Directriz nº 180 relativas a las restricciones verticales.

¹⁷ STJCE9julio1969, *Völk/ Vervaecke*, as. 5-69, ECLI:EU:C:1969:35, apartado 7; STJCE de 28 de abril de 1998, *Javico*, C-306/96, ECLI:EU:C:1998:173, apartado 17.

¹⁸ Directriz nº 61 relativas a las restricciones verticales.

¹⁹ Directriz nº 116 relativas a las restricciones verticales.

tida”. El proveedor podría reservar el territorio para sí o para un grupo de clientes que ya no tiene que ser sólo uno como pasaba con el Reglamento 330/2010, puede elegir hasta cinco distribuidores exclusivos por territorio. Esto ofrece una mayor flexibilidad al titular de la red para organizar la red de distribución como más rentable y eficiente le parezca.

19. La importancia de la distribución exclusiva radica no tanto en la posibilidad de compartimentar los territorios o los clientes sino en que es la vía para proteger las inversiones realizadas en la marca del proveedor por los distribuidores exclusivos en el territorio asignado o para ese grupo de clientes. De este modo un territorio o grupo de clientes se podrá proteger de las ventas activas de otros distribuidores. No obstante, no se podrán restringir las ventas activas y pasivas entre los distribuidores exclusivos miembros de la red a los que se les asigna un territorio o grupo de clientes.

20. Dos conceptos claves en los sistemas de distribución exclusiva son: ventas activas y pasivas.

La definición de ventas activas y pasivas se ha desarrollado más profundamente en la nueva versión del Reglamento de exención por categorías. La Directriz nº 214 señala que las <<ventas activas>> son aquellas ventas que surgen tras dirigirse activamente a los clientes bien mediante visitas, cartas, correos electrónicos, llamadas u otros medios de comunicación directa. A diferencia del Reglamento 330/2010, el actual Reglamento incluye la publicidad o las promociones en línea personalizadas como formas de venta activa. De este modo, la Directriz nº 213 señala como ejemplos: i) La publicidad en motores de búsqueda y otra publicidad en línea como en webs, tiendas de aplicaciones o redes sociales siempre que dicha publicidad vaya dirigida a clientes de determinados territorios; ii) La promoción de los productos y/o servicios a través de plataformas de comparación de precios; iii) Operar en un sitio web con dominios de primer nivel destinados a territorios concretos como “.es”, “.cat”; iii) La comercialización de productos en sitio web en un idioma el cual difiere del territorio en el que está establecido el distribuidor. Una excepción es el inglés, ya que se considera que es un idioma que se utiliza de forma general en la UE.

En contraposición, <<las ventas pasivas>> son aquellas que se consiguen sin promoción activa del distribuidor. La creación de una web para vender *on line* es una forma de venta pasiva. También se considera venta pasiva cuando el cliente permite que el distribuidor le mantenga informado de las novedades. De igual forma, el uso de herramientas que permitan una mayor visibilidad o mejorar el posicionamiento de la tienda *on line* en los motores de búsqueda también se consideraría venta pasiva. Del mismo modo, la participación en licitaciones públicas y/ o la respuesta a invitaciones privadas de licitación²⁰.

21. Así, por lo tanto, los acuerdos de distribución exclusiva podrán beneficiarse de la exención del art. 2.1 del Reglamento (UE) 2022/720 siempre que se cumplan las siguientes condiciones: 1) La cuota de mercado del proveedor y del comprador no puede superar el 30% en el mercado de referencia; 2) El acuerdo no debe contener restricciones especialmente graves de las recogidas en el art. 4 del Reglamento (UE) 2022/720; 3) El número de distribuidores designados por territorio o grupo de clientes no es superior a cinco.

22. En el supuesto de que el acuerdo de distribución exclusiva no se beneficie de la exención en bloque no implica directamente que el acuerdo debe ser prohibido por ser contrario a las normas de competencia europeas. En ese caso debe pasarse a un análisis individual en virtud del art. 101.3 TFUE, en base al cual se deberá analizar i) el impacto que presenta el acuerdo para los consumidores; ii) las eficiencias que genera el acuerdo. Tales pueden ser *ad ex.* la creación de un nuevo producto o servicio, la distribución de productos complejos como pueden ser productos altamente tecnológicos o la posibilidad de hacer la distribución de los productos más eficiente y con menos costes.

²⁰ Directriz nº 215 relativas a las restricciones verticales.

3. La distribución selectiva en el Reglamento (UE) 2022/720

A) Aproximación a la distribución selectiva

23. El art. 1.1 letra g del Reglamento (UE) 2022/720 define qué es un sistema de distribución selectiva. Básicamente es ese sistema mediante el cual el distribuidor es seleccionado conforme a criterios específicos bien cualitativos o cuantitativos y que además el distribuidor se compromete a no vender productos a agentes no autorizados en el territorio en el que el proveedor ha decidido aplicar ese sistema.

24. El contrato de distribución selectiva cobra especial importancia en el presente estudio debido a la estrecha relación que guarda con productos considerados de lujo, como relojes, perfumes, cosméticos y también determinadas prendas de vestir. Hay que tener presente que los productos vendidos mediante los sistemas de distribución selectiva son productos de marca, generalmente de lujo y son los que más atraen a los distribuidores independientes para la reventa debido a las características que presentan estos productos. Un ejemplo de firma de lujo que utiliza este sistema de venta para comercializar sus productos es *Rolex*.

25. La distribución selectiva o autorizada como el resto de contratos de distribución carece de regulación legal, por lo que no existe una ley en el ordenamiento español que recoja cuál es el concepto y régimen jurídico de este tipo de contrato. Esta carencia de un régimen legal específico ha dado lugar a que hayan sido los profesionales, quienes al necesitar este tipo de distribución para sus negocios los que han ido dando forma al concepto y caracteres de este contrato. Esta tipificación basada en el principio de autonomía de la voluntad (1255 CC) ha sido ratificada y modulada por los tribunales a razón de los casos que se iban presentando en los juzgados. El modo de operar de profesionales y de los tribunales siempre ha estado en cierta forma dirigido por las normas del Derecho de la competencia europeo y las normas de competencia nacionales. Como ya se ha señalado estas normas son prácticamente las únicas que regulan los contratos de distribución. De este modo, la regulación que realiza el Reglamento (UE) 2022/720 y sus Directrices va a ser crucial para que las partes doten de contenido a su contrato y sepan si este es legal de acuerdo a las normas de defensa de la competencia, bien nacionales o europeas.

26. En las Directrices del actual Reglamento se aclara que los distribuidores selectivos pueden ser seleccionados bien conforme a criterios cualitativos o cuantitativos. Los cualitativos se basan en la calidad de la distribución que puede desarrollar ese distribuidor y están íntimamente relacionados con el tipo de producto y su imagen de marca. Así, son criterios que indirectamente limitan el número de distribuidores debido a que no todos pueden cumplirlos. *Ad ex*, que el local de venta cuente con unos metros cuadrados determinados, que se sitúe en una zona de una ciudad adecuada para ese tipo de productos que se pretenden vender, que el distribuidor cuente con un equipo de empleados cualificados que puedan ofrecer un servicio preventa y posventa acorde con los productos, que el distribuidor disponga de un sitio web cuidado, entre otros. No obstante, en un sistema de distribución selectiva los distribuidores también pueden ser seleccionados conforme a criterios cuantitativos. Lo cual implica que directamente se limite el número de distribuidores²¹.

27. Una novedad que incorpora el nuevo Reglamento de exención por categorías es que anteriormente se exigía que los criterios cualitativos exigidos para la venta física y para la venta *on line* debían ser “equivalentes”²². En base al actual Reglamento los criterios que se puede exigir a los distribuidores para que puedan vender *on line* no tienen que ser equivalentes a los exigidos para la venta física. Lo relevante es que esos criterios exigidos para la venta *on line* no vayan más allá de lo necesario²³ y

²¹ Directriz nº 144 relativas a las restricciones verticales.

²² Directriz nº 235 relativas a las restricciones verticales.

²³ STJUE 6 diciembre 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, apartado 36. Para comentarios sobre esta sentencia *vid.* entre la doctrina española, *ad ex.* I. ANTÓN JUÁREZ, “Los productos de lujo y su venta en Internet a través plata-

no tengan como resultado bien directamente o indirectamente la prohibición total de las ventas en línea del distribuidor.

B) Los criterios para la selección de los miembros de la red

28. La formación de la red de distribución selectiva se centra en dos aspectos: i) La selección de los distribuidores conforme a *criterios de calidad*; ii) En atención a la *naturaliza del producto*.

29. La selección de los distribuidores reside principalmente en la capacidad de éstos para cumplir con las exigencias del producto y de la imagen de marca que lleva el mismo. Estos criterios de selección utilizados por los proveedores, fabricantes o importadores para seleccionar a los distribuidores tienen gran importancia, especialmente para el Derecho de la competencia. Esto es así debido a que los criterios utilizados pueden infringir el art. 101.1 TFUE por restringir la competencia. La razón es que los criterios de selección son los que justifican que unos distribuidores puedan pertenecer a la red y otros no.

30. No obstante, cada vez más las autoridades de competencia y los tribunales aceptan que se puedan exigir criterios de selección cuantitativos junto los cualitativos. De hecho, aunque en realidad no tiene demasiado sentido pensar en distribución selectiva basada sólo en criterios cuantitativos, puesto que para seleccionar a los distribuidores en relación al territorio existen otras fórmulas específicas como podría ser la concesión o la distribución exclusiva, sí que estaría permitido en atención a las actuales normas de competencia²⁴. Esto difiere de una primera época de jurisprudencia del TJUE en la que se exigían exclusivamente criterios objetivos, basados en la naturaleza y calidad del producto y aplicados de forma uniforme y no discriminatoria²⁵.

31. Actualmente, se sigue considerando que los criterios cualitativos son inherentes a la distribución selectiva. No obstante, tanto el Reglamento 330/2010 como el actual Reglamento (UE) 2022/720 otorgan libertad a las partes para que formen su red como mejor les convenga pero exige que exista algo muy lógico que es la consonancia entre las exigencias al distribuidor y las necesidades del producto. En el Reglamento 330/2010 no quedaba del todo claro la consideración de los criterios cuantitativos, si eran criterios de selección de los distribuidores al mismo nivel que los criterios cualitativos o eran un añadido más²⁶. Sin embargo, con el actual Reglamento (UE) 2022/720 este particular se aclara, ya que los criterios cuantitativos se permiten del mismo modo que los cualitativos. Las Directrices que acompañan al Reglamento (UE) 2022/720, en su apartado 144 precisan que los criterios cualitativos limitan la selección de los distribuidores de forma indirecta, mientras que los criterios cuantitativos la limitan de forma directa. Es decir, seleccionando un número fijo de distribuidores, lo cual es lícito en atención a las actuales normas de competencia. Una novedad que incorpora el Reglamento (UE) 2022/720 es que entre esos criterios cualitativos que se le pueden exigir al distribuidor podrían estar basados en la sostenibilidad. Es decir, en base a las actuales Directrices el proveedor podría exigir al distribuidor que para pertenecer a su red se deben cumplir determinados criterios basados en conseguir objetivos de sostenibilidad como combatir el cambio climático o reducir el uso de residuos naturales²⁷. Así, *ad ex.*, a un distribuidor en base a esta normativa se le podría requerir que para ser parte de la red no uso empaque-

formas digitales: en torno a la STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany*”, *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución (Rcd)*, no 22, 2018, pp. 1-13; J. ARPIO SANTACRUZ, “Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), asunto C-230/16, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente gmbh*, de 6 de diciembre de 2017 [ECLI: EU: C:2017:941] Acuerdos de distribución selectiva de productos cosméticos de lujo. Restricción de las ventas a través de plataformas en línea”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 6, junio 2018, pp. 329-332; A. ARROYO APARICIO, “Productos de lujo y distribución a través de plataformas de internet desde el Derecho europeo de la competencia” (TJUE C-230/16, asunto *Coty*), *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, no 1, 2019, pp. 663-670.

²⁴ Directriz nº 144 relativas a las restricciones verticales.

²⁵ *Per alia* STPI de 2 de diciembre de 1996, *Leclerc*, as-19/1992, ECLI:EU:T:1996:190, apartado 112.

²⁶ *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución...*, pp. 147-148.

²⁷ Directriz nº 144 relativas a las restricciones verticales.

tado de plástico o que en el caso de minoristas que venden moda que dentro del establecimiento físico ofrezcan la posibilidad de que los clientes depositen ropa para reciclar.

32. En lo referente a la *naturaleza* de los productos que pueden ser objeto de distribución selectiva señalar que sí que ha habido diferencias con respecto a la primera etapa de sentencias del TJUE²⁸. Se ha ido aceptando cada vez más que los productos que pueden venderse mediante distribución selectiva sean prácticamente de cualquier naturaleza. Así queda constancia en resoluciones judiciales que proceden tanto del Tribunal de Justicia como de las autoridades de competencia españolas donde se acepta que bienes que no sean de especial lujo ni de alta tecnología puedan ser vendidos mediante distribución selectiva sin vulnerar el art. 101.1 TFUE²⁹. La distribución selectiva cobra sentido en productos en los que se cuida la imagen de marca no siendo el precio del producto un aspecto importante para el consumidor, para eso, es necesario que los que venden -distribuidores- den un servicio especializado y de calidad que se cumple eligiendo a los revendedores en base a criterios cualitativos y objetivos, limitar el número de los mismos por zona, es un añadido. Sin embargo, que se trate de un tipo de distribución ideal para productos de una naturaleza especial no obsta para que actualmente en atención a la flexibilidad del nuevo régimen normativo y jurisprudencial, la distribución selectiva pueda ser utilizada para productos de casi cualquier naturaleza sin ser contrario al Derecho *antitrust* ni europeo ni nacional, siempre que el mercado de referencia acepte restricciones de competencia *intramarca*³⁰.

C) Características de la distribución selectiva

33. El contrato de distribución selectiva como contrato de distribución es un contrato mercantil, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo y en la mayoría de los casos de adhesión por el poco margen de negociación con el que cuentan los distribuidores frente a los proveedores. Como se ha estudiado, criterios cualitativos y cuantitativos podrían utilizarse para seleccionar a los distribuidores, por lo tanto, cláusulas de unas figuras contractuales se mezclan con cláusulas de otras y es difícil categorizar los contratos en la práctica de forma estanca. Aún así respecto a las peculiaridades de este tipo de distribución es posible destacar las que siguen:

- 1) *El distribuidor asume los riesgos económicos y financieros derivados de la venta de los productos.* El distribuidor suele ser un minorista³¹. Los minoristas se encargan de la distribución al detalle al cliente final. El hecho de que se base el sistema de distribución selectiva en minoristas guarda sentido con su propia esencia. Esto es así por dos razones. Por un lado, el proveedor tiene más control de que los criterios exigidos para estar en la red son cumplidos por el distribuidor. Por el otro, evita que existan fugas en las redes de distribución. El proveedor al crear su red con minoristas la tiene mucho más controlada que si en la misma existen mayoristas y minoristas. Sin embargo, actualmente cada vez es más habitual incluir a mayoristas en estas redes y que así la red se forme tanto de distribuidores mayoristas como de minoristas. De hecho, para fomentar la inclusión de mayoristas el art. 4.c) i del Reglamento (UE)2022/720 señala no se aplicará la exención del art. 2 a los acuerdos verticales que con-

²⁸ STJCE de 10 de julio de 1980, *Lancôme SA/Etos BV*, as. 99/79, *Rec.* 1980, p. 2511, apartado 20; de 11 de diciembre de 1980, *L'Oréal/PVBA "De Nieuwe AMCK"*, as. 31/80, *Rec.* 1980, p. 3775, apartados 15-17; de 16 de junio de 1981, *Maria Salonia/Giorgio Poidomani*, as. 126/80, *Rec.* 1981, p. 1563, apartado 27; de 11 de octubre de 1983, *Demo-Studio Schmidt/Comisión*, as. 210/81, *Rec.* 1983, p.3045; de 25 de octubre de 1983, *Telefunken/Comisión*, as. 107/82, *Rec.* 1983, p. 767, apartado 33; de 22 de octubre de 1986, *Metro/Comisión*, as. 75/84, *Rec.* 1986, p. 3021, apartados 37-45.

²⁹ STJCE de 3 de julio de 1985, as. 243/1983, *Binon*, ECLI:EU:C:1985:284; STPI de 12 de diciembre de 1996, *Leclerc*, T-19/92, ECLI:EU:T:190. Resolución TDC de 23 de junio de 1992, *Andreas Stihl S.A.*, Exp. 31/92 donde se permite un sistema de distribución selectiva para maquinaria de jardinería, industria agrícola, forestal y construcción; Resolución CNC de 18 de noviembre de 2009, pinturas DYRUP, Exp. S/0149/09, en la que se considera lícito un sistema de distribución selectiva para pinturas de toda clase que se utilizan para la decoración y la industria.

³⁰ F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución*, p. 137.

³¹ *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, "El contrato de...", p. 791.

tengan cláusulas que restrinjan los suministros cruzados entre distribuidores que pertenezcan al mismo sistema de distribución selectiva, inclusive entre distribuidores que operen a distintos niveles de la cadena de distribución. Esto es así porque los distribuidores selectivos no tienen obligación de suministrarse de una única fuente de aprovisionamiento, a diferencia de lo que puede suceder en los contratos de distribución exclusiva. Así, se consideraría una cláusula prohibida contraria a las normas *antitrust* aquella que imponga al distribuidor selectivo la compra exclusiva al proveedor y prohíba que los distribuidores se puedan suministrar a través de otros miembros de la red oficial (suministros cruzados).

- 2) *La distribución selectiva se ve particularmente afectada por el comercio paralelo.* Los distribuidores autorizados no compiten tanto por el precio sino más bien por la calidad y los servicios preventa y posventa de los productos que ofertan debido a la naturaleza de los productos que generalmente son objeto de la distribución selectiva³². Esto provoca que el producto se encarezca considerablemente por esta forma de distribuir, puesto que para ser elegido como distribuidor es necesario cumplir con unos criterios que exigen importantes inversiones. Con el fin de amortizar dichas inversiones, los productos de marca que se venden mediante estas redes suelen tener un precio diferente en función del país o del mercado en el que se comercialicen. Esto da lugar a que distribuidores independientes o *free riders* conscientes del funcionamiento de estas redes y de las características de los productos que en ellas se venden, aprovechen incumplimientos contractuales de los distribuidores autorizados para adquirir productos en un mercado a un precio inferior para posteriormente revenderlo en otro en el que es posible un precio mayor de venta. Las vías mediante la cual los comerciantes paralelos suelen conseguir los productos de marca originales de la red pueden ser variadas, pero una de ellas es debido a incumplimientos contractuales de los propios distribuidores autorizados³³. Éstos se saltan una de las cláusulas más importante de estos contratos (“no vender los productos a distribuidores ajenos a la red”) y acaban vendiendo los productos de marca a agentes independientes que en principio no cumplen con los criterios cualitativos que la red de distribución exige para poder pertenecer a la misma. Esta reventa al margen de la red puede dañar la imagen de marca, el prestigio, exclusividad y *glamour* de la misma, aspectos claves en la comercialización de productos de lujo y que tanto potencian las redes de distribución selectiva³⁴.

Ante esta situación, el titular de la marca suele encontrarse con una situación compleja para defender su red desde un punto de vista jurídico. Por un lado, la primera opción será expulsar de la red al distribuidor autorizado incumplidor. Contra éste se podrían ejercer acciones tanto contractuales (incumplimiento del contrato), extracontractuales (reclamación de daños y perjuicios) como de competencia desleal. Por el otro, el agente independiente frente al cual se podrían ejercer acciones marcarias aunque incluso el producto de marca estuviera agotado³⁵ y la reventa del producto estuviera permitida en aras de la libre circulación de mercancías. Esto es posible si esa forma de venta del distribuidor independiente

³² Vid. C. GORRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y...*, p 27. P. VON HÜLSEN, “Ausgewählte praktische Probleme des selektiven Vertriebs aus Kartellrechtlicher Sicht”, *Zeitschrift für Vertriebsrecht* (ZvertriebR), 5/2012, p. 299. STJCE de 25 de octubre de 1977, *Metro/Comisión*, as. 26-76, ECLI:EU:C:1977:167, apartado 21.

³³ Para un mayor detalle vid. I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y ...*, p.296 y ss.

³⁴ STJUE 23 abril 2009, *Copad v. Christian Dior*, C-59/08, ECLI:EU:C:2009:260, apartado 28.

³⁵ Sobre el agotamiento del Derecho de marca Vid. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentario a la ley de marcas*, Navarra, Aranzadi, 2008; M. Botana Agra, «El derecho de marca en la jurisprudencia del Tribunal de la CE: de un derecho descafeinado a un derecho con café», *Cuadernos de Jurisprudencia sobre propiedad industrial*, n.º 9, 1992, pp. 41 y ss.; A. CASADO CERVIÑO/ C. BORREGO, «Agotamiento del derecho de marca», en *Comentarios a la Ley y al Reglamento de marcas* (González Bueno, C. coord.), Madrid, Civitas, 2003; T. DE LAS HERAS, *El agotamiento del derecho de marca*, Montecorvo, Madrid, 1994; C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado sobre Derecho de marcas*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp.371-391; A. GARCÍA VIDAL, «El alcance territorial del derecho de marca en la reciente jurisprudencia del TJCE», *ADI*, 20, 1999; M. LOBATO GARCÍA MIJÁN, *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, Civitas, 2002, pp. 561 y ss.; P. MARTÍN ARESTI, «Art. 36, agotamiento del derecho de marca», en A. BERCOVITZ CANO (Dir.) J.A. GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, (Dir. adjunto), *Comentarios a la Ley de Marcas*, Tomo I, Aranzadi, 2008; C. PRAT, «Comercio paralelo: un flujo de productos y novedades jurídicas que no cesa. La doble perspectiva del derecho marcario y del Derecho antitrust», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 230, 2004, pp. 27- 44.

se aleja mucho de cómo venden los distribuidores oficiales pudiendo causar daños en el prestigio de la marca³⁶. Esto podría ser un motivo legítimo que exceptuara el agotamiento del Derecho de marca (art. 15.2 Directiva 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas³⁷ y art. 36.2 Ley 17/2001, de 7 de diciembre de Marcas³⁸). No obstante, en ocasiones no sólo son agentes especializados los que revenden las mercancías al margen de la red oficial pudiendo menoscabar el *goodwill* de la marca, pueden ser también consumidores finales³⁹. Éstos pueden realizar estas ventas debido a que sacan partido de dos aspectos: 1) De la diferencia de precio de los productos de lujo de unos mercados a otro; 2) De la facilidad para vender los productos mediante plataformas de comercio electrónico.

4. Las restricciones a la reventa que el Reglamento (UE) 2022/720 autoriza en los diferentes sistemas de distribución

34. Los sistemas de distribución selectiva y exclusiva son diferentes en algunos aspectos pero comparables en algunos otros. Uno de los aspectos que acerca dichos sistemas es que ambos limitan el número de distribuidores autorizados y las condiciones de la reventa a las que debe someterse el distribuidor. La diferencia principal entre la distribución exclusiva y selectiva es que en la distribución exclusiva, el distribuidor está protegido frente a las ventas activas provenientes de fuera de su territorio exclusivo, mientras que en la distribución selectiva el distribuidor estaría blindado frente a las ventas activas y pasivas de terceros no pertenecientes a la red oficial de distribución⁴⁰. Para conseguir proteger de tal modo a los distribuidores son necesarias restricciones territoriales.

35. El Reglamento (UE) 2022/720 señala en sus arts. 4 letra b, letra c y letra d una restricción especialmente grave la cual se refiere a la posibilidad de conceder a un distribuidor un territorio o un grupo de clientes en exclusiva. Así, un acuerdo que tenga por objeto la restricción del territorio en el que, o de los clientes, en los que el distribuidor puede vender activa o pasivamente los bienes o servicios contractuales no se beneficiará de la exención en bloque del Reglamento (UE) 2022/720.

36. Las medidas utilizadas por los proveedores para limitar el ámbito de actuación del comprador son variadas y de diferente naturaleza. Entre las *medidas directas* implantadas por el proveedor se pueden diferenciar la obligación de no vender a determinados clientes o a clientes situados en determinados territorios e, incluso, la obligación de transferir los pedidos de estos clientes a otros distribuidores.

Por lo que respecta a las *medidas indirectas*, excluidas *a priori* de la exención, se pueden destacar todas aquellas que se utilizan habitualmente por los titulares de las redes con el fin de proteger al máximo la red de intromisiones externas. Así, entre dichas prácticas se pueden destacar las siguientes⁴¹:

- 1) La denegación o reducción de primas o descuentos, es decir, el proveedor se niega a conceder bonificaciones por las ventas al distribuidor o distribuidores de un determinado territorio por ventas pasivas fuera del territorio porque en los otros territorios ya operan otros miembros de la red⁴².
- 2) La negativa a suministrar los productos o servicios. Esta medida puede ser considerada abuso de posición de dominio cuando el proveedor tiene posición de dominio en el mercado de referencia.

³⁶ SAP Alicante de 17 de junio de 2013, núm. 265/2013, ECLI: ES:APA:2013:2076, FJ 5.

³⁷ DOUE L 336/1, de 23 de diciembre de 2015.

³⁸ BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2001.

³⁹ STJUE 12 julio 2011, *L'Oreal v. eBay*, C-324/09, ECLI:C:EU:2011:474, apartado 51.

⁴⁰ Directriz nº 145 relativas a las restricciones verticales.

⁴¹ Directriz nº 204 relativas a las restricciones verticales.

⁴² STJCE 6 abril 2006, *General Motors BV, Opel/Comisión*, C-551/03 P, ECLI:C:EU:2006

- 3) La reducción de los volúmenes suministrados a la demanda del territorio o al grupo de clientes asignados. Este tipo de prácticas va a ser analizada en profundidad en el último capítulo debido a que es una práctica muy habitual para paliar el comercio paralelo de medicamentos.
- 4) La amenaza de rescisión de los contratos si no se cumplen con las restricciones territoriales o de clientela que el proveedor impone.
- 5) La exigencia de un precio más elevado para los productos que van destinados a la exportación. Esta práctica también conocida como doble precio y presenta efectos similares a las restricciones de suministro. Ambas habituales entre las empresas farmacéuticas.
- 6) La limitación del número de unidades que un distribuidor oficial puede exportar. Una vez que el fabricante que ha analizado la capacidad de venta del distribuidor en un mercado concreto, puede saber con bastante exactitud el número de productos que el distribuidor necesita. Esto evita que el distribuidor tenga mercancías en stock y decida revenderlas a operadores no integrados en la red.
- 7) La negativa a entregar al comprador el manual de instrucciones del producto en una lengua diferente a la del país en el que está establecido.

Estas medidas tienen más probabilidad de considerarse contrarias al Derecho de la competencia cuando se acompañan de otras dirigidas a combatir el comercio paralelo, como la utilización de diferentes etiquetas o envases o número de series con el fin de codificar las mercancías para que los titulares de la red puedan detectar de dónde vienen los agujeros de sus redes de distribución. El resultado que ocasionan estas medidas es la compartimentación del mercado bien por territorio o bien por clientes. Esta compartimentación da lugar a que la consecución del mercado único no sea posible.

37. Un aspecto importante es que las cláusulas de restricción de territorio o clientes producen efectos anticompetitivos fácilmente superables, por lo que la exclusión de su exención podría no estar económicamente justificada. Es decir, aunque con estas medidas de asignación de territorio o clientes puede quedar reducida la competencia intramarca, es también fácil que los efectos positivos de estas restricciones superen a los negativos cuando el proveedor no tiene poder de mercado y hay suficiente competencia intramarca en la zona. Por lo tanto, excluir de la exención de los acuerdos que incluyen este tipo de cláusulas solo atiende a una razón: preservar el mercado interior⁴³. No hay que olvidar que junto con el mantenimiento de una competencia efectiva, el Derecho de la competencia europeo persigue también la consecución de un mercado común. De este modo, en atención a los efectos positivos que presentan estas restricciones se puede afirmar de forma general su legalidad en el Derecho de la competencia estadounidense⁴⁴.

38. Otro aspecto importante a tener en cuenta del art. 4 letra b es que la prohibición no afecta a los acuerdos que restringen la clientela o el territorio del vendedor. Esto es, acuerdos por los que el proveedor no puede vender ese mismo producto a distribuidores de su competencia.

39. De este modo, al igual que sucedía en el Reglamento 330/2010, el actual Reglamento de exención por categorías exceptúa de prohibición prácticas concretas debido a los efectos positivos que determinadas restricciones territoriales o de clientela al comprador pueden presentar para el mercado y los consumidores. Sin embargo, el actual Reglamento ofrece más detalles en el caso de las excepciones de prohibición en su art. 4.

40. En el caso de la *distribución exclusiva*, el artículo 4 letra b recoge cinco excepciones a la prohibición. Estas son:

- i) *Excepción 1.* El proveedor puede en un sistema de distribución exclusiva restringir las ventas activas del distribuidor exclusivo y sus clientes directos en un territorio o grupo de

⁴³ Vid. A. ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales a la libre competencia*, Civitas, Madrid, 2006, p 236.

⁴⁴ Vid. P. AREEDA/ L. KAPLOW/ A. EDLIN, *Antitrust analysis: Problems, Text, Cases*, Aspen Publishers, 2010, p. 552 y ss.

clientes reservado al proveedor o asignados por éste a un máximo de otros cinco distribuidores exclusivos. Respecto al Reglamento 330/2010 hay dos cambios: 1) El proveedor puede señalar hasta un máximo de cinco compradores, cuando con el anterior Reglamento de exención por categorías sólo era posible asignar un distribuidor exclusivo por zona o grupo de clientes; 2) Se pueden restringir las ventas activas del distribuidor o distribuidores exclusivos y también las de sus clientes directos del distribuidor. Con la anterior regulación no era posible la restricción de las ventas activas de los clientes del comprador.

La restricción de las ventas activas permite que el distribuidor pueda amortizar la inversión que ha tenido que realizar para poder vender el producto en el mercado -*ad ex.* campañas de publicidad-. La asignación del territorio o de la clientela permite que el distribuidor se asegure un determinado número de ventas⁴⁵. Debido a dicha función, el territorio designado no puede ser un mercado en el que el producto o servicio no se ha introducido. Por eso la limitación del comprador a determinados territorios y clientes se condiciona a que el bien o servicio sea distribuido a esos territorios o a esos clientes por otros distribuidores o por el vendedor⁴⁶.

La restricción únicamente puede afectar a las ventas activas, en ningún caso a las pasivas. Como ya hemos señalado, las ventas activas son las que tienen lugar como consecuencia de la actuación activa de los comerciantes en busca de clientes. Esta búsqueda activa se puede realizar: 1) Mediante la aproximación activa a clientes individuales o a un grupo de clientes de un territorio que pertenece en exclusiva a otro distribuidor mediante correos electrónicos, visitas o publicidad dirigida a ese grupo de clientes en concreto o a ese territorio; 2) Mediante un almacén u otro tipo de establecimiento en el territorio exclusivo de otro distribuidor⁴⁷.

Sin embargo, las ventas pasivas son las realizadas en respuesta a pedidos no solicitados activamente. Se consideran pasivas las actividades de publicidad o promoción en los medios de comunicación o internet que lleguen a los grupos de clientes o a territorios asignados en exclusiva a otros distribuidores pero que son una vía razonable para llegar a los clientes situados en la zona asignada al distribuidor⁴⁸.

Las ventas pasivas no pueden ser restringidas debido a que supondría la protección total del distribuidor y la compartimentación del mercado. La no restricción de las ventas pasivas permite que cualquier ciudadano pueda acudir a cualquier establecimiento de la UE y adquirir un bien o servicio sin que se le pueda negar la prestación⁴⁹.

La contratación *online* mediante las nuevas tecnologías ha supuesto algunos problemas en cuanto a si estos tipos de ventas son activas o pasivas. El R. 330/2010 no recogía nada al respecto en su articulado, sin embargo, el actual Reglamento 2022/720 sí ha incluido cambios debido a que es un tema crucial sobre el que ha habido jurisprudencia del TJUE en estos años que ha marcado la posición a seguir por las autoridades de competencia, como posteriormente estudiaremos.

- ii) *Excepción 2.* El proveedor puede restringir las ventas activas o pasivas del distribuidor exclusivo y sus clientes a distribuidores no autorizados situados en el territorio en el que el proveedor ya cuenta con un sistema de distribución selectiva para los bienes o servicios contractuales o que ha reservado para aplicarlo. El objetivo de este tipo de restricción es proteger el carácter estanco de los sistemas de distribución selectiva⁵⁰. Y esto es una novedad con respecto al Reglamento 330/2010 que posteriormente analizaremos.
- iii) *Excepción 3.* El proveedor puede restringir el lugar del establecimiento del comprador al que se le asigna un territorio o grupo de clientes en exclusiva. Esto implica que el provee-

⁴⁵ Vid. A. ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales...*, p. 237; V. KORAH/ D. O'SULLIVAN, *Distribution agreements under...*, 2002, p. 134. Vid. también, G. DEMME, *Le Droit des restrictions verticales*, Economica, Paris, 2011, pp. 209-210.

⁴⁶ Vid. J. A ECHEBARRÍA, "Acuerdos verticales...", p. 134; A. ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales...*, p. 237.

⁴⁷ J. GOYDER, *EU Distribution Law*, p. 106; V. KORAH/ D. O'SULLIVAN, *Distribution agreements under...*, pp. 180 y ss; R. WHISH, *Competition Law...*, p. 666.

⁴⁸ Directriz n° 214 relativa a las restricciones verticales.

⁴⁹ Vid. A. ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales...*, p. 238.

⁵⁰ Directriz n° 223 relativas a las restricciones verticales.

dor puede exigir al distribuidor que limite sus establecimientos de distribución y almacenes a una dirección, lugar o territorio concreto⁵¹. En relación a los establecimientos móviles, el contrato de distribución puede fijar los lugares donde dicho establecimiento no podría ubicarse⁵². En atención a lo dispuesto por el TJUE en el asunto *Pierre Fabre*⁵³, hay que tener presente que una tienda *on line* no equivale a la apertura de un establecimiento físico.

- iv) *Excepción 4*. Las restricciones de ventas, tanto activas como pasivas, a usuarios finales realizadas por un comprador que opere a nivel mayorista pueden quedar exentas de prohibición. Esto implica que el proveedor pueda mantener separada la venta al por mayor y la venta al por menor, por lo que sus compradores están diferenciados en función del nivel de la cadena de distribución al que pertenecen⁵⁴. No obstante, si el proveedor lo desea, puede permitir a sus mayoristas vender a determinados usuarios finales, por ejemplo, a grandes usuarios finales, pudiendo prohibir vender al resto de consumidores⁵⁵.
- v) *Excepción 5*. El proveedor tiene la facultad de prohibir a sus distribuidores la venta de componentes a clientes que pretendan usarlos para fabricar el mismo tipo de productos que él mismo fabrica. Este precepto brinda al proveedor la opción de proteger su mercado restringiendo que lleguen a sus competidores bienes que él suministra⁵⁶. Al igual que con el anterior Reglamento, la prohibición es amplia⁵⁷, debido a que se dirige a todo componente que se incorpora para la fabricación de bienes, no sólo a las piezas de recambio⁵⁸.

41. En relación a la *distribución selectiva*, está prohibido conforme al art. 4 letra c inciso i) la restricción del territorio o del grupo de clientes a los que los distribuidores miembros de un sistema de distribución selectiva pueden vender activa o pasivamente los bienes o servicios objetos del contrato de distribución. Sin embargo, el propio Reglamento 2022/720 señala cinco excepciones de prohibición:

- i) *Excepción 1*. El proveedor puede limitar la capacidad de los distribuidores selectivos y de sus clientes directos para que vendan fuera del sistema de distribución selectiva. De este modo, el proveedor puede limitar las ventas activas pero también las pasivas (esto es una novedad con respecto al Reglamento 330/2010) a distribuidores no autorizados por parte de sus distribuidores oficiales y de sus clientes directos en un territorio o grupo de clientes reservado al proveedor o que éste haya asignado a un máximo de cinco distribuidores.
- ii) *Excepción 2*. El proveedor puede restringir las ventas tanto activas como pasivas de los distribuidores selectivos a distribuidores no autorizados en cualquier territorio en el que la red opera. El proveedor o titular de la red va a poder exigir a sus miembros que no vendan a distribuidores no pertenecientes a la misma siempre que los no miembros operen en el territorio en el que el proveedor ha decidido aplicar ese sistema⁵⁹. Es decir, el proveedor no puede prohibir la venta a usuarios ajenos al sistema de distribución selectiva en los mercados en los que la red de distribución selectiva no existe, ya que de tener tal facultad se extenderían las restricciones de estos sistemas a mercados donde dicha red no está establecida. Este límite tiene como fin evitar la obstaculización excesiva de la libre circulación de mercancías y del comercio paralelo. Por lo tanto, el distribuidor, ya sea mayorista o minorista, no podrá revender los productos o servicios a miembros ajenos a la red de distribución selectiva en el territorio en los que el proveedor aplique este sistema. Así, si el proveedor

⁵¹ Directriz nº 224 relativas a las restricciones verticales.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ STJUE 13 octubre 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartados 56 a 58.

⁵⁴ STJCE de 25 de octubre de 1977, *Metro I*, as. 26-76, *Rec.* 1977, p. 01875.

⁵⁵ Directriz nº 225 relativas a las restricciones verticales.

⁵⁶ *Vid.* C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y...*, p. 206.

⁵⁷ Directriz nº 226 relativas a las restricciones verticales.

⁵⁸ *Vid.* R. RONIGER, *Das neue Vertriebskartellrecht: Kurzkomentar zur vertikalen EG-Gruppenfreistellungsverordnung*, Linde-Beck, Wien-München, 2000, p. 79.

⁵⁹ *Vid.* G. DEMME, *Le Droit des...*, p. 211.

aplica el sistema de distribución selectiva en todos los Estados miembros de la UE, el distribuidor oficial está obligado a respetar la prohibición en todos los países europeos⁶⁰. Este tipo de prohibición de venta a terceros ajenos a la red de distribución selectiva como se sabe limita el comercio paralelo. Pero también es cierto que limitando esta restricción a los territorios donde se aplique el sistema de distribución selectiva se evita una obstaculización excesiva de las importaciones paralelas. Los titulares de las redes de distribución conscientes de que aplicando el mismo sistema a todos los territorios del EEE evitan fugas en su red de distribución es lo que normalmente tienden a hacer⁶¹. Aún así, se puede decir que este tipo de restricciones aún limitando la competencia intramarca queda exenta de prohibición por los efectos positivos intramarca que provocan en el mercado. En definitiva, se puede decir es un bálsamo para las redes de distribución selectiva, un bálsamo ante los efectos que provoca el agotamiento de los Derecho de marca en este tipo de redes.

- iii) *Excepción 3.* El proveedor puede obligar al distribuidor a comercializar los productos en determinados establecimientos. Es lo que se conoce como “cláusula de establecimiento” y que posteriormente desarrollaremos. El objetivo de esta cláusula es que el proveedor pueda controlar dónde y sobre bajo qué condiciones se comercializan los productos objetos del contrato de distribución con el fin de que el distribuidor cumpla los criterios cualitativos que marca la red.
- iv) *Excepción 4.* El proveedor puede restringir las ventas activas o pasivas a los usuarios finales un distribuidor selectivo que opera al por mayor. Esto permite, como ya vimos, en la distribución exclusiva que el proveedor pueda mantener separada la venta al por mayor de la venta al por menor⁶².
- v) *Excepción 5.* El proveedor puede restringir al distribuidor la venta activa o pasiva de componentes suministrados a competidores del proveedor que persiguen incorporarlos a un producto para fabricar el mismo tipo de bienes que el proveedor.

Cláusulas que continúan sin estar permitidas en el Reglamento de exención por categorías de acuerdos verticales por restringir la competencia son aquellas que i) prohíben los suministros cruzados en sistemas de distribución selectiva entre miembros que operan bien al mismo nivel o a diferentes niveles⁶³. A un distribuidor selectivo no se le puede obligar a abastecer de una única fuente de suministro, es más, debe tener la libertad de abastecerse de cualquier distribuidor miembro de la red oficial de distribución⁶⁴; ii) restringen las ventas activas y pasivas de los distribuidores selectivos minoristas a usuarios finales. Salvo cuando estos usuarios finales estén situados en un territorio exclusivo o pertenezcan a un grupo de clientes asignado en exclusiva a otro distribuidor o el proveedor se haya reservado para él en un territorio en el que el proveedor gestione un sistema de distribución exclusiva. Esto no excluye la posibilidad de prohibir a los distribuidores autorizados que operen fuera del establecimiento autorizado⁶⁵.

Por lo tanto, un aspecto que no ha cambiado con el Reglamento (UE) 2022/720 es que el proveedor no puede combinar en un mismo territorio distribución selectiva y distribución exclusiva si quiere

⁶⁰ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de...”, pp. 810-811.

⁶¹ Además de evitar fugas en el sistema de distribución selectiva, la aplicación de este tipo de distribución en todo el EEE da lugar a que se convierta en una red cerrada o estanca lo que genera problemas no sólo por los efectos restrictivos que puede provocar para la competencia sino también los efectos negativos para la libre circulación de mercancías. En la STJCE de 13 de enero de 1994, C-376/1992, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Cartier SA*, asunto C-376/92, *Rec.* 1994, p. I-00015, apartados 26 y 27. El Tribunal de Justicia rechazó la estanqueidad como un elemento necesario en las redes de distribución selectiva para evitar y/o paliar las fugas de la red. En palabras del propio Tribunal “(...) supeditar la validez de un sistema de distribución selectiva, con arreglo al apartado 1 del art. 85 del Tratado, a su <<estanqueidad>> lleva al resultado paradójico de que, con arreglo a dicho precepto, se depara un trato más favorable a los sistemas de distribución más rígidos y cerrados que a los sistemas de distribución más flexibles y abiertos al comercio paralelo. Por último, el reconocimiento de la validez de una red de distribución selectiva en el mercado común no puede depender de la capacidad que pueda tener el fabricante de lograr <<estanqueidad>> del sistema en todas partes (...)”.

⁶² Directriz nº 232 relativas a las restricciones verticales.

⁶³ Directriz nº 237 relativas a las restricciones verticales.

⁶⁴ Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2018, caso *Guess*, AT 40428, C(2018) 8455 final, apartados 65 a 78.

⁶⁵ Directriz nº 234 relativas a las restricciones verticales.

beneficiarse de la exención del art. 2.1⁶⁶. La principal razón descansa en que permitir la combinación de distribución selectiva y exclusiva en un mismo territorio daría lugar a que se permitieran cláusulas especialmente graves prohibidas por el art. 4, tales como la prohibición de suministros cruzados, la restricción de ventas pasivas a usuarios finales o la restricción de ventas activas y pasivas en territorios que no hayan sido asignados⁶⁷.

Un aspecto que sí ha cambiado con respecto al Reglamento 330/2010 es que el actual Reglamento (UE) 2022/720 permite prohibir a los distribuidores no selectivos la venta a distribuidores no autorizados en el territorio en el que opera el sistema de distribución selectiva. Con el Reglamento 330/2010 sólo se prohibía a los distribuidores selectivos la venta a terceros ajenos a red. Sin embargo, con el Reglamento (UE) 2022/720 se ha ampliado esta prohibición a todo tipo de distribuidores, ya sean selectivos o no. Lo cual tiene una implicación práctica importante y es que evita fugas en la red oficial de distribución. Es decir, que los productos se acaben vendiendo en mercados donde está instaurado un sistema de distribución selectiva por *free riders* o agentes ajenos a la red oficial de distribución. Escenario que puede tener lugar cuando el proveedor ostenta una red de distribución donde en algunos territorios la venta es mediante distribución selectiva y en otros mediante distribución exclusiva en los distintos territorios del EEE. En base al anterior Reglamento de exención por categorías, a los distribuidores exclusivos no se les podían restringir las ventas pasivas que podían venir de distribuidores no oficiales. Esto daba la situación de que si un proveedor tenía una red de distribución exclusiva en Italia y una red de distribución selectiva en España, que el distribuidor selectivo español podía encontrarse en su mercado la venta de productos originales de la red por agentes no autorizados que los adquirían a distribuidores exclusivos de esa misma red en otros países como en este caso del ejemplo en Italia⁶⁸. Sin embargo, con el actual Reglamento (UE) 2022/720 esta situación deja de tener lugar debido a que al distribuidor no selectivo ahora sí se le puede prohibir que venda a terceros ajenos a la red en todos los territorios en los que está instaurada la red de distribución selectiva.

42. En el caso de que el proveedor aplique un sistema de distribución gratuita, es decir, ese tipo de distribución no es ni distribución exclusiva ni distribución selectiva, no quedarán exentas de prohibición los acuerdos o prácticas concertadas que directa o indirectamente tengan por objeto restringir el territorio o los clientes a los que el comprador en un sistema de distribución gratuita puede vender de forma activa o pasiva los bienes o servicios contractuales. Como ya estudiamos con la distribución exclusiva y selectiva, este tipo de restricciones está exento de prohibición en 5 supuestos los cuales son los mismos que los expuestos anteriormente.

V. Las cláusulas relativas a la fijación de precios de reventa

43. Las cláusulas que directa o indirectamente fijen un precio de reventa al que debe adaptarse el distribuidor no se benefician de la exención automática del Reglamento (UE) 2022/720. El hecho de imponer al distribuidor un precio al que debe revender los bienes o servicios elimina la competencia intramarca en lo referente al precio. Además, esta conducta facilita la colusión y compartimenta el mercado entre los Estados miembros⁶⁹. La prohibición del art. 4 no sólo afecta a la imposición de un precio de venta determinado al comprador sino también la imposición de un precio mínimo al que se debe vender. Mientras que la imposición de un precio fijo es el precio que el comprador se ve obligado a aplicar en la venta de los productos, pudiendo tratarse bien de una cifra concreta, o bien de la fijación de los márgenes de beneficio o de descuentos de los que se beneficia el distribuidor; el precio mínimo implica para el distribuidor la obligación de vender como mínimo a la cantidad predeterminada por el fabricante

⁶⁶ Directriz nº 236 relativas a las restricciones verticales.

⁶⁷ Directriz nº 236 relativas a las restricciones verticales.

⁶⁸ Este problema ya lo pusimos de manifiesto en I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y...*, p. 298.

⁶⁹ *Vid.* M^a. T. ORTUÑO BAEZA, "Acuerdos verticales y Derecho de la Competencia: Comentario al Reglamento 2.790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas", *Noticias de la Unión Europea*, 204, 2002, p. 28.

o proveedor, siempre con la posibilidad de vender a un precio superior. A pesar de que la fijación de un precio de venta y el precio mínimo son diferentes, el resultado que causan en el mercado puede muy semejante, restringir la competencia.

44. Una consideración diferente se tiene sobre los precios máximos y los precios recomendados. Por un lado, el precio máximo implica que el distribuidor no va a poder vender nunca por encima de ese precio. Bajo el precio máximo el proveedor fija un tope al precio que alcanzarán sus productos o servicios a la hora de distribuirse. Por el otro, a diferencia del precio máximo, el precio recomendado es una recomendación del fabricante o proveedor al distribuidor sobre el precio al que se deberían vender los productos o servicios.

45. El precio máximo y el precio recomendado generalmente no eliminan la competencia debido a que el distribuidor tiene margen de maniobra para fijar los precios que crea convenientes. De hecho, los precios máximos o recomendados pueden presentar aspectos positivos para la competencia cuando el distribuidor tiene poder de mercado⁷⁰. Es una forma de limitar el poder de actuación del distribuidor en cuanto a los precios. No obstante, los precios máximos o recomendados pasan a ser un problema para la competencia cuando encubren una fijación de precios⁷¹.

46. De forma contraria a los precios máximos y recomendados, la fijación de precio y el precio mínimo al ser considerados negativos para la competencia son los que más debate han creado. No obstante, en las últimas Directrices relativas a las restricciones verticales se puede observar una evolución de la Comisión respecto a la fijación de precios⁷². La Comisión no ha llegado tan lejos como a eliminar la fijación de precios de las cláusulas especialmente graves, sin embargo, ha suavizado su postura tradicional al respecto⁷³. Así en las actuales Directrices se recogen las siguientes excepciones:

1)El control de precios mediante programas informáticos no constituye una imposición de un precio de reventa⁷⁴.

⁷⁰ Vid. A. ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales...*, p. 231. STJCE de 28 de enero de 1986, *Pronuptia*, as. 161/84, *Rec.* 1986, p. 353, apartado 25.

⁷¹ Los precios máximos o recomendados dejan de ser una opción para el distribuidor y se convierten en fijos cuando el proveedor no le deja la posibilidad de decidir el precio. Esto suele suceder en los casos en los que el proveedor tiene poder de mercado y el distribuidor no tiene otra alternativa más que seguir el precio indicado. Los medios indirectos para convertir un precio recomendado en uno fijo son variados, podemos encontrar desde más sutiles como la realización de descuentos en función del nivel de precios, hasta los más agresivos, como las advertencias de resolución, amenazas o retrasos en las entregas. En la STJCE de 2 de abril de 2009, *Pedro V servicios S.L/ Total España S.A*, C-260/07, *Rec.* 2009, p. 2437, apartados 70-84, se establece que un acuerdo puede beneficiarse de la exención del Reglamento de exención por categorías cuando se incluyan cláusulas de precios máximos o recomendados, siempre que el revendedor tenga la posibilidad real de fijar el precio de venta al público. Además, señala la resolución que debe ser el tribunal nacional el que debe apreciar si en el caso concreto concurre una fijación de precios o se trata de precios máximos o recomendados. Como resalta el TJCE, el tribunal nacional es el que mejor conoce el asunto y por tanto puede comprobar “*si tal precio de venta al público no se impone, en realidad, a través de medios indirectos o subrepticios, como la fijación del margen de distribución del revendedor o del nivel máximo de las reducciones que puede conceder a partir del precio de venta recomendado, la formulación de amenazas, intimidaciones o advertencias, la previsión de sanciones o el ofrecimiento de incentivo*”.

⁷² Directriz nº 191 y 197 relativas a las restricciones verticales.

⁷³ Desde siempre las autoridades de competencia de la UE han considerado que la fijación de precios mínimos es de las prácticas más dañinas sino la que más debido a los efectos perniciosos que crean en el mercado. La competencia en precios es considerada como uno de los aspectos cruciales para la integración de los mercados, y por tanto, la consecución efectiva de un mercado único europeo. Pero sí que es cierto en los últimos tiempos las autoridades de competencia se están planteando cada vez más las bondades de fijar precios mínimos en las relaciones proveedor-distribuidor. Para un mayor detalle en relación a los efectos anticompetitivos y procompetitivos de la fijación de precios vid. C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación de los precios de reventa: ¿nuevos vientos?”, *Red*, nº 4, 2009, pp. 67-84, donde la autora considera muy acertadamente que las restricciones de fijación de precios son conductas que pueden presentar efectos positivos, negativos o neutrales para la competencia, pero la entidad de daño que crean es del tal envergadura que no puede ser compensando con los posibles efectos positivos que pudieran llegar a tener, es más, dichos efectos positivos que generan se podrían conseguir por otras vías menos restrictivas para la competencia.

⁷⁴ Directriz nº 191 relativas a las restricciones verticales.

- 2) La imposición de precios mínimos anunciados se considera fijación de precios mínimos de reventa⁷⁵. Esto es así porque impide al distribuidor poder comunicar a sus clientes sus propios descuentos. Sin embargo, este tipo de cláusulas podría quedar exenta de prohibición en atención al art. 101.3 TFUE cuando se aplican durante un período reducido de tiempo (2 a 6 semanas) debido a que se persigue *ad ex.* introducir un nuevo producto en el mercado⁷⁶. También se pueden considerar lícitos los precios mínimos anunciados cuando con ellos el proveedor persigue impedir que el distribuidor venda de forma regular los productos del proveedor por debajo del precio mayorista porque perjudica la imagen de marca. Esta novedad que introducen las autoridades de competencia podría implicar el inicio de un cambio de parecer y que la posición actual se alinee más con otras posturas ya sostenido por cierta doctrina basada en que los precios mínimos anunciados no son en realidad una fijación de precios⁷⁷.
- 3) En los contratos de cumplimiento⁷⁸ no se considera que se están fijando precios en los casos en los que el proveedor selecciona a la empresa que prestará los servicios de logística e impone un precio de reventa⁷⁹.

VI. La distribución dual

47. La distribución dual tiene lugar cuando el fabricante también se encarga de hacer la función de distribuidor lo que le lleva a competir en el mercado con sus distribuidores⁸⁰. Es decir, el fabricante actúa con un doble rol en el mercado. La distribución dual en teoría no es ilícita desde un punto de vista del Derecho de la competencia pero puede llegar a serlo si la misma lleva aparejada otro tipo de restricciones⁸¹. El legislador europeo definió distribución dual en las Directrices que acompañaban el anterior Reglamento de exención por categorías, el Reglamento 330/2020, como “*aquellas en las que el fabricante de un bien determinado también actúa como distribuidor del mismo en competencia con distribuidores independientes de su bien*”⁸². En ese Reglamento la distribución dual estaba exenta de prohibición en virtud del art. 2.4 si concurrían dos requisitos:

- 1) El acuerdo es recíproco.
- 2) El proveedor de los productos opera aguas arriba como fabricante, importador o mayorista y el comprador opera aguas abajo como importador, mayorista o minorista sin ser competidor del proveedor en el nivel ascendente en el que compra los bienes.

48. En el actual Reglamento de exención por categorías, el Reglamento UE 2022/720, la exención también se contempla. Sin embargo, no se benefician de la exención los acuerdos en los que proveedor y comprador se intercambian información y el mismo bien i) no está directamente relacionado

⁷⁵ Las cláusulas en las que se fijan precios mínimos anunciados obligan a los distribuidores a que no anuncien los productos que van a comercializar por debajo del precio mínimo que marca el fabricante/proveedor.

⁷⁶ Sobre este cambio que se introduce en el Reglamento (UE) 2022/720 *vid.* S. JUNGERMANN, “Will European Commission change its policy to allow binding MAPs?”, *Lexicology*, 2021.

⁷⁷ *Vid.* al respecto, S.ENNIS/K.U.KÜHN, “Minimum Advertised Prices: How To Differ From RPM”, 2021, p. 12, Disponible en <http://www.markenverband.de/publikationen/studien/Minimum%20Advertised%20Price%20Restrictions%20FINAL%2020210419.pdf> (consultado el 23 de noviembre de 2022)

⁷⁸ En virtud de los cuales un proveedor celebra un contrato con un distribuidor con el fin de cumplir un contrato de suministro celebrado previamente entre el proveedor y un cliente específico (Directriz 193).

⁷⁹ Directriz nº 193 relativa a las restricciones verticales.

⁸⁰ Respecto a este particular *vid.* A. ESPINOSA/C. MONTERO, “Una relación híbrida con consecuencias para la competencia”, *Investigaciones Ceko*, 2020, disponible en https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/08/Espinosa-y-Montero_Distribuci%C3%B3n-dual_Una-relaci%C3%B3n-h%C3%ADbrida-con-consecuencias-para-la-competencia.pdf (consultado el 23 de noviembre de 2022).

⁸¹ A. ESPINOSA/C. MONTERO, “Una relación híbrida con consecuencias para la competencia”, *Investigaciones Ceko*, 2020, p. 3 disponible en https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/08/Espinosa-y-Montero_Distribuci%C3%B3n-dual_Una-relaci%C3%B3n-h%C3%ADbrida-con-consecuencias-para-la-competencia.pdf (consultado el 23 de noviembre de 2022).

⁸² Directriz nº 28 relativas a las restricciones verticales.

con la aplicación del acuerdo vertical; ii) no es necesario para mejorar la producción y/o distribución de los bienes.

49. Ejemplos de intercambio de información sí susceptible de quedar exentos serían los siguientes⁸³:

- Información sobre aspectos técnicos de los bienes o servicios contractuales, como la que está relacionada con el registro, la certificación, manipulación, la utilización, el mantenimiento, la reparación, la mejora o el reciclado. Esta información será relevante cuando el proveedor o comprador la necesiten para cumplir con las normas o para adaptar los bienes o servicios contractuales a las necesidades del cliente.
- Información sobre aspectos logísticos que afectan a la producción y distribución de los bienes o servicios contractuales. En particular información relativa a procesos de producción, inventario, existencias, volúmenes de venta y devoluciones sin perjuicio de lo dispuesto en la Directriz 100 apartado b).
- Información relativa a la compra de bienes o servicios contractuales, las preferencias y observaciones de los clientes siempre que dicha información no se utilice para restringir el territorio donde el distribuidor puede vender los productos o servicios.
- Información relativa a los precios a los que el fabricante/proveedor vende los bienes o servicios contractuales al distribuidor. Al igual que información relativa sobre los precios recomendados del proveedor siempre que dicha información no se utilice para restringir la libertad del distribuidor a la hora de fijar su precio de venta en los productos o servicios contractuales.
- Información relativa a la comercialización de los bienes o servicios contractuales, incluida la información sobre campañas de promoción e información sobre nuevos productos que deben prestarse en atención al acuerdo de distribución.
- Información sobre el rendimiento, incluida la información agregada comunicada por el proveedor al comprador sobre las actividades de comercialización y venta de otros compradores de los bienes o servicios contractuales, siempre que el comprador no pueda identificar las actividades de competidores, así como información sobre el volumen o valor que representan las ventas del comprador de los bienes o servicios contractuales en relación con sus ventas de productos/servicios competidores.

50. Ejemplos de intercambio de información que no son susceptibles de quedar exentos por no cumplir los requisitos del art. 2.5 del Reglamento UE 2022/720 serían los siguientes:

- Información relativa a los precios futuros a los que el proveedor y el comprador van a comercializar los bienes contractuales en el nivel descendente en el que compiten.
- Información sobre los usuarios finales de los productos contractuales salvo cuando sea necesario i) para satisfacer las exigencias de determinados usuarios finales; ii) para controlar el cumplimiento de un acuerdo de distribución exclusiva o selectiva en virtud del cual se asignen usuarios finales concretos al proveedor o al comprador.

51. En el supuesto de que los intercambios de información no reúnan las condiciones de los arts. 2.4 y 2.5 del Reglamento (UE) 2022/720 no implica que se trate de un acuerdo contrario a las normas de competencia europeas, sino que será necesario un análisis individual conforme al art. 101. 3 TFUE de ese intercambio de información, pudiendo el resto del acuerdo ser objeto de exención⁸⁴. Cuando empresas competidoras llevan a cabo un acuerdo vertical e intercambian información pueden llevar a cabo determinadas salvaguardas para evitar vulnerar las normas de competencia. Las mismas pueden ser

⁸³ Directriz nº 99 relativas a las restricciones verticales.

⁸⁴ Directriz nº 102 relativas a las restricciones verticales.

desde seleccionar a las personas adecuadas dentro de las empresas para llevar a cabo el intercambio de la información hasta intercambiar información sólo de forma agregada o fijar un plazo adecuado entre la generación de la información y su intercambio⁸⁵.

52. Otro particular que no queda exento de prohibición serían aquellos acuerdos verticales relativos a la prestación de servicios de intermediación en línea cuando el proveedor de estos servicios es una empresa competidora en el mercado de referencia para los bienes o servicios intermediados. Así, se recoge en el art. 2.6 del Reglamento (UE) 2022/720. Un ejemplo típico de este tipo de empresa es la multinacional estadounidense *Amazon*. Esta plataforma de *ecommerce* presta servicios para que otros vendedores usen su plataforma para vender productos pero al mismo tiempo dicha plataforma hace la competencia a dichos usuarios/clientes debido a que también opera como vendedor. Esto es posible porque este tipo de plataforma desempeña un doble rol. La Comisión califica en las Directrices ese doble rol como función híbrida⁸⁶.

Estos acuerdos que no pueden beneficiarse de la exención en bloque podrían quedar exentos de forma individual en atención al art. 101.3 TFUE⁸⁷. En principio, estos acuerdos de intermediación en línea y distribución dual no van a suponer una restricción de las normas de competencia siempre que la plataforma no ostente poder de mercado significativo ni tampoco existan restricciones por el objeto⁸⁸. Si las partes ostentan un poder de mercado bajo es posible aplicar la Comunicación para acuerdos de *Minimis* de la Comisión⁸⁹. La Directiva nº 108 precisa que en las economías de las plataformas *on line*, las vías de cuantificar poder de mercado no sólo descansan en los ingresos generados por la plataforma por esos servicios de intermediación que presta, también se deben tener en cuenta el número de transacciones de intermediación realizadas por el proveedor, la cantidad de usuarios adscritos a los servicios de intermediación en línea y si dichos usuarios también utilizan los servicios de otros proveedores de ser servicios de intermediación.

VII. Las restricciones relativas a la venta *on line*

1. Aproximación inicial

53. El Reglamento (UE) 2022/720 introduce nuevos aspectos sobre las cláusulas permitidas y prohibidas en relación a cómo los proveedores pueden organizar la venta *on line* de los distribuidores oficiales. La regla general es que el proveedor no puede prohibir la venta *on line* de sus distribuidores oficiales de forma total. Así se señala en las actuales Directrices⁹⁰ y también lo ha establecido el TJUE en diferentes resoluciones⁹¹. No obstante, el proveedor cuenta con margen de actuación para organizar la venta *on line* de sus distribuidores y puede incluir determinadas restricciones tanto en relación a la venta *on line* como en la publicidad en línea. La finalidad que persigue el proveedor con esas restricciones a la venta *on line* de distribuidores oficiales puede ser muy variada, desde la protección de la imagen de marca, su posicionamiento en el mercado o incluso evitar falsificaciones de sus productos. Pero también otro importante motivo puede ser evitar que plataformas de *ecommerce* como *Amazon* o *Alibaba* tengan cada vez más poder a costa de distribuidores independientes que forman parte de la red oficial de distribución del proveedor⁹². Es decir, evitar financiar a estas plataformas que en cierto modo son

⁸⁵ Directriz nº 103 relativas a las restricciones verticales.

⁸⁶ Directriz nº 104 relativas a las restricciones verticales.

⁸⁷ Directriz nº 107 relativas a las restricciones verticales.

⁸⁸ Directrices nº 107 y 108 relativas a las restricciones verticales.

⁸⁹ Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación *de minimis*) 2014/C 291/01.

⁹⁰ Directriz nº 335 relativas a las restricciones verticales.

⁹¹ STJUE 13 octubre 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649; STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941.

⁹² Sobre este particular *vid.* A. ZURIMENDI ISLA, *Gigantes tecnológicos, distribución on line y Derecho de la competencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, p. 219.

competidoras del proveedor. Así, la prohibición de las ventas *on line* a distribuidores oficiales en este tipo de plataformas es una forma de “autoprotección” que quiere realizar el proveedor para sí mismo y su red de distribución.

54. Desde la aprobación del Reglamento 330/2010 hasta el actual ha habido importantes cambios en lo que al *ecommerce* se refiere. En lo relativo a la distribución minorista, el comercio electrónico ha pasado de ser un canal complementario a un canal fundamental, cobrando especial importancia el rol que juegan las plataformas de *ecommerce*.

2. Los asuntos que han modulado las normas de competencia en relación a las restricciones de la venta *on line* de distribuidores autorizados

A) Introducción

55. Como ya hemos señalado, una de las cláusulas más importantes en la actualidad en los contratos de distribución es la que organiza la venta *on line* del distribuidor autorizado⁹³. Por este motivo, hemos considerado oportuno dedicarle hacer un breve recorrido sobre las decisiones de la Comisión y también del TJUE que han marcado el camino para los cambios que se han introducido en el Reglamento (UE) 2022/720⁹⁴. En definitiva, el objetivo de este apartado es determinar qué exigencias estaba permitidas con el Reglamento 330/2010 por parte del proveedor y cuales no, por ser contrarias al Derecho de la competencia europeo⁹⁵ para así poder apreciar los cambios que ha introducido el actual Reglamento de exención por categorías.

56. La regla general que se puede extraer en atención a las Directrices que acompañaban al Reglamento 330/2010⁹⁶ y a la jurisprudencia del TJUE⁹⁷ es que el proveedor no podía prohibir totalmente las ventas *on line* del distribuidor. El proveedor podía exigir criterios cualitativos para la venta *on line*, criterios siempre acordes con la imagen y el prestigio de la marca y nunca más gravosos que los que se exigirían para la venta física⁹⁸.

57. Un argumento que han utilizado proveedores y fabricantes en los últimos años ha sido que del mismo modo que tienen la posibilidad de exigir al distribuidor selectivo que sólo venda en establecimientos autorizados también tendría la posibilidad de prohibir las ventas *on line* si no las autorizan. Es necesario recordar que la autorización del establecimiento del distribuidor es inherente a la naturaleza de la distribución selectiva. Si ese establecimiento del distribuidor no cumple con las exigencias cuali-

⁹³ Para entender la importancia de este tipo de cláusulas sería interesante tener presente informes como el *Final Report on the Ecommerce Sector inquiry*, elaborado por la Comisión Europea en mayo de 2017 y que presenta un importante impacto en cómo se deciden asuntos posteriores como el caso *Coty Germany* de diciembre de 2017. El informe de la Comisión. está disponible en https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf (consultado el 30 de noviembre de 2022).

⁹⁴ *Vid.* sin carácter exhaustivo, I. ANTÓN JUÁREZ, “La configuración de la venta on line de productos de lujo en los sistemas de distribución selectiva, Cuadernos de Derecho Transnacional (cdt), vol. 11, nº 2, pp. 407 y ss; F. DIEZ ESTELLA, “Las restricciones verticales y la distribución on line de productos de lujo; dónde estamos después de la sentencia Coty?”, pp. 50-59 disponible en [http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/restricciones_verticales_coty_\(2019\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/restricciones_verticales_coty_(2019).pdf) (consultado el 30 de noviembre de 2022); C. RODILLA MARTÍ, “Distribución selectiva y plataformas digitales”, en J.J. CASTELLÓ PASTOR/A. GUERRERO PÉREZ/M. MARTÍNEZ PÉREZ, *Derecho de la contratación electrónica y comercio electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 256-282.

⁹⁵ Al respecto es interesante el trabajo de A. WITT debido a que hace un recorrido desde los primeros asuntos como el caso *Metro I* hasta lo más recientes (caso *Guess*) destacando las implicaciones que presentan para el Derecho de la competencia las restricciones en la venta *on line* para los distribuidores selectivos que los proveedores tratan de imponer en aras de preservar la imagen de marca *vid.* A. WITT, “Selective distribution in the Age of E-Commerce: An overview of EU and national developments”, *Concurrences*, marzo 2021, pp. 1-19.

⁹⁶ Directriz 52 relativas a las restricciones verticales en relación al Reglamento 330/2010.

⁹⁷ STJUE 13 octubre 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartado 55.

⁹⁸ Directriz 56 relativas a las restricciones verticales en relación al Reglamento 330/2010.

tativas de la red, no se autorizaría y el distribuidor no puede vender los productos ahí. Sin embargo, la venta *on line* no puede considerarse un establecimiento más sujeto a la aprobación de la venta por parte del proveedor⁹⁹. Los proveedores podrían evitar los distribuidores *on line* puros siempre que el tipo de producto necesitara por sus cualidades y sus características un establecimiento físico, pero en ningún caso un portal web puede considerarse un establecimiento y quedar sujetas las ventas por internet a la autorización del proveedor.

58. Partiendo de las consideraciones anteriores y dada la proliferación e importancia de las plataformas de comercio electrónico en la última década, un aspecto que ha sido clave es la determinación de la licitud de las cláusulas que proveedores imponían a sus distribuidores autorizados de prohibir la venta en plataformas de *ecommerce* de terceros. Este particular no se solucionaba en el Reglamento 330/2010 ni tampoco en las Directrices que le acompañaban. Una solución a este interrogante vino del asunto *Coty Germany* y que dio lugar a una sentencia del TJUE en diciembre de 2017¹⁰⁰. Así, hasta la entrada en vigor en junio de 2022 del nuevo Reglamento de exención por categorías, la respuesta jurídica a la licitud o no de este tipo de restricciones en la venta *on line* se derivaba fundamentalmente de la jurisprudencia del TJUE y de las decisiones de la Comisión europea.

B) La jurisprudencia del TJUE: De Pierre Fabre a Coty Germany

59. En atención a la jurisprudencia del TJUE es necesario destacar dos asuntos: el asunto *Pierre Fabre* y el asunto *Coty Germany*.

60. El asunto *Pierre Fabre* fue resuelto por el TJUE en su sentencia de 13 de octubre de 2011¹⁰¹. Este caso es consecuencia de la investigación sectorial realizada por las autoridades de competencia francesas en el sector de la distribución de productos cosméticos y de higiene corporal. *Pierre Fabre*, fabricante, solía comercializar productos cosméticos y de higiene corporal a través de farmacias tanto en el mercado francés como en el europeo y exigía en los contratos de distribución que los productos debían comercializarse obligatoriamente en un espacio físico y con la presencia de un licenciado en farmacia, excluyendo cualquier forma de venta por internet¹⁰². Las empresas investigadas acordaron con la autoridad francesa una serie de compromisos lo que dio lugar a concluir la investigación, salvo en relación a *Pierre Fabre*. Este fabricante consideraba que en el caso de sus productos la venta por internet debía prohibirse por completo debido a que por la naturaleza de los mismos. Esto dio lugar a que la autoridad de competencia francesa considerara que tal restricción era especialmente grave y se enmarcaba dentro del art. 4 letra c) del Reglamento 2790/199 (primer Reglamento de exención por categorías en materia de acuerdos verticales y anterior al Reglamento 330/2010¹⁰³) ya que (i) limitaba la libertad comercial de sus distribuidores y (ii) restringía las ventas activas y pasivas de los distribuidores. Para la Autoridad de competencia francesa dichos acuerdos no podían quedar exentos tampoco vía exención individual en atención al art. 101.3 TFUE, por lo que debían prohibirse en atención al art. 101.1 TFUE. La autoridad de competencia francesa al igual que señaló el TJUE posteriormente consideraron que la restricción de la venta *on line* no

⁹⁹ Directriz 57 relativas a las restricciones verticales en relación al Reglamento 330/2010.

¹⁰⁰ STJUE 6 diciembre 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941. Para comentarios sobre esta sentencia *vid.* entre la doctrina española, *ad ex.* I. ANTÓN JUÁREZ, “Los productos de lujo y su venta en Internet a través plataformas digitales: en torno a la STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany*”, *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución (Rcd)*, no 22, 2018, pp. 1-13; J. ARPIO SANTACRUZ, “Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), asunto c-230/16, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente gmbh*, de 6 de diciembre de 2017 [ECLI: EU: C:2017:941] Acuerdos de distribución selectiva de productos cosméticos de lujo. Restricción de las ventas a través de plataformas en línea”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 6, junio 2018, pp. 329-332; A. ARROYO APARICIO, “Productos de lujo y distribución a través de plataformas de internet desde el Derecho europeo de la competencia” (TJUE C-230/16, asunto *Coty*), *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, no 1, 2019, pp. 663-670.

¹⁰¹ STJUE 13 octubre 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649.

¹⁰² STJUE 13 octubre 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartados 12 y 14.

¹⁰³ Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

mejoraba la distribución de este tipo de productos dermocosméticos los cuales no eran medicamentos y no precisaban la asistencia de un farmacéutico para su venta¹⁰⁴. Además, el TJUE consideró que la venta mediante Internet no podía entenderse como un “lugar de establecimiento” sino como un medio para vender y promocionar bienes. Por lo tanto, la prohibición de comercializar los productos mediante la red no se podía justificar en base al art. 4. c), por el cual se permite prohibir las ventas fuera del lugar establecido para ello. Un distribuidor autorizado debe tener la posibilidad de vender y anunciarse en Internet, ya que la restricción total al distribuidor de poder vender por internet es una cláusula que da lugar a la protección territorial absoluta, restringiendo las ventas pasivas en usuarios finales¹⁰⁵.

61. En el asunto *Coty Germany*, la multinacional estadounidense *Coty*, fabricante de productos cosméticos, perfumes, de belleza y que los comercializa mundialmente a través de diferentes tipos de distribución, en particular su filial alemana, perseguía evitar que un distribuidor selectivo que operaba en Alemania vendiera productos a través del portal de *ecommerce Amazon*¹⁰⁶. En primera instancia, los tribunales alemanes dan la razón al distribuidor oficial considerando que en base a asuntos anteriores europeos como *Pierre Fabre* se trataba este tipo de cláusula que restringían las ventas del distribuidor oficial en plataformas de terceros de una restricción contraria al Derecho de la competencia. Sin embargo, cuando en segunda instancia llega el asunto al Tribunal regional de Frankfurt decide preguntarle al TJUE para que interprete este tipo de cláusulas en atención al R. 330/2010. Básicamente el TJUE considera que este tipo de restricciones que impiden al distribuidor vender en plataformas de terceros productos considerados de lujo son lícitas en atención al art. 101.1 TFUE y no supondrían una restricción de las ventas pasivas a los usuarios finales (en atención al art. 4 letra c) R. 330/2010) ni tampoco una restricción de clientela (en el sentido del art. 4.b) R. 330/2010). La licitud de este tipo de restricciones no es sin condiciones. El TJUE exige que esa restricción al distribuidor para que venda en plataformas de terceros debe perseguir la preservación de la imagen de marca, nunca ir más allá de lo necesario y debe aplicarse de forma uniforme y no discriminatoria¹⁰⁷.

C) Las decisiones de la Comisión Europea

62. Esa aplicación uniforme y no discriminatoria de este tipo de restricciones en las ventas *on line* de distribuidores oficiales es lo que falló en el asunto *Guess*. La Comisión Europea el 17 de diciembre de 2018 multó a la compañía de ropa estadounidense y accesorios de moda *Guess* con 39,8 millones de euros por infringir el art. 101.1 TFUE¹⁰⁸. Aunque esta multa se redujo a la mitad debido a la colaboración de la empresa textil, a *Guess* le multó la Comisión debido a la inclusión en sus contratos de distribución selectiva las siguientes restricciones¹⁰⁹:

- 1) El condicionamiento de la venta *on line* de sus distribuidores a la consecución de una autorización previa. En otras palabras, si *Guess* no autorizaba la venta *on line*, el distribuidor no podía vender por internet. El problema también residía en que la concesión de esa autorización no se basaba en criterios basados en la protección de la imagen de la marca. Muy al contrario, *Guess* utilizaba criterios arbitrarios y discriminatorios a la hora de seleccionar a los distribuidores que podían vender *on line*¹¹⁰. El objetivo era que muy pocos distribuidores oficiales pudieran vender *on line* y así *Guess* poder quedarse gran parte de las ventas por internet para sí¹¹¹.
- 2) La limitación del uso que los distribuidores oficiales podían hacer de su marca *on line*. En otras palabras, *Guess* impedía que sus distribuidores hicieran uso de su marca con fines pu-

¹⁰⁴ STJUE 13 de octubre 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartado 24 y 47.

¹⁰⁵ *Ibidem*, apartados 56 y 58.

¹⁰⁶ STJUE 6 diciembre 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, apartados 8 a 19.

¹⁰⁷ *Ibidem*, apartados 36, 52 y 58.

¹⁰⁸ Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2018, caso *Guess*, AT 40428, C(2018) 8455 final.

¹⁰⁹ *Idem*, pp. 11-12.

¹¹⁰ *Idem*, p. 14, apartados 53 y 62.

¹¹¹ Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2018, caso *Guess*, AT 40428, C(2018) 8455 final, p. 15, apartado 55.

blicitarios en buscadores *on line*. En particular, la textil estadounidense impedía a sus distribuidores pujar por sus marcas en *Google adwords*. La razón descansaba en que *Guess* quería maximizar el tráfico a su propia web en detrimento de los distribuidores. En definitiva, esta restricción le permitía a *Guess* que todo lo relativo a su marca en internet llevara a los consumidores a su propia web, no a sitios webs de distribuidores oficiales, lo que le hacía reducir los costes en publicidad *on line*¹¹².

- 3) La prohibición de suministros cruzados. Como se ha estudiado, los distribuidores selectivos no pueden ser obligados a suministrarse de una única fuente. Mayoristas y minoristas de una misma red deben poder suministrarse los productos en atención a normas europeas como el art. 4.d) R. 330/2010. Sin embargo, *Guess* impedía en sus acuerdos que sus mayoristas y minoristas pudieran suministrarse los productos. De hecho, también se incluían en estos contratos cláusulas mediante las cuales el distribuidor era obligado a vender en un territorio concreto y le impedían proveerse a través de otros miembros de la red que no fuera *Guess*. El objetivo de esta restricción era evitar que los distribuidores pudieran vender los productos de *Guess* fuera del territorio asignado¹¹³.
- 4) La prohibición de vender a consumidores fuera del territorio asignado restringiendo ventas activas y pasivas. Los distribuidores selectivos de *Guess* en base a estas cláusulas sólo podían comercializar los productos y hacer publicidad en el territorio asignado, lo que impedía *ad ex*. que un consumidor que no fuera del territorio asignado pudiera comprar en la web del distribuidor (restricción ventas pasivas). La Comisión consideró que este tipo restricciones no sólo eran lesivas por ser contrarias al art. 101.1 TFUE, también lesionaban el Reglamento 2018/302 contra el *geo-blocking*¹¹⁴.
- 5) La fijación de precios de reventa. *Guess* recomendaba a sus distribuidores los precios a los debían comercializar las mercancías. Sin embargo, en realidad no era una recomendación era una fijación de precios. *Guess* monitorizaba a qué precios vendían sus distribuidores y si se alejaban de su recomendación tomaba represalias. La fijación de precios es una cláusula restrictiva grave para el Derecho de la competencia.

El resultado de estas restricciones es que la Comisión consideró que se lesionaba la competencia dentro del mercado único europeo, vulnerando por objeto el art. 101.1 TFUE y sin posibilidad de que dichas cláusulas pudieran quedar exentas de prohibición en atención a la exención por categorías en base al R.330/2010¹¹⁵ ni tampoco de forma individual en atención al art. 101.3 TFUE¹¹⁶. El resultado de estas prácticas no sólo lesionaba a la competencia, al mercado único europeo y a los distribuidores afectados. También como sucede en gran parte de las prácticas *antitrust* se dañaba a los consumidores, en particular a los de Europa del Este. Como consecuencia de estas restricciones consumidores de países como Eslovenia, Bulgaria, Croacia, Rumania, Polonia, entre otros, compraron esos productos de *Guess* a un precio más elevado (entre un 5-10%) que el resto de consumidores europeos entre los años 2014 a 2017.

63. Otro asunto que también terminó en multa y con la cooperación de la empresa textil para conseguir una reducción de la misma en un 40% fue el asunto *Nike*¹¹⁷. La empresa estadounidense mundialmente conocida por el diseño y venta de calzado y ropa deportiva fue multada en marzo de 2019 con

¹¹² *Idem*, p. 14, apartado 50.

¹¹³ Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2018, caso *Guess*, AT 40428, C(2018) 8455 final, p. 22, apartado 83.

¹¹⁴ Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE (DOUE LI 60/1 de 2 de marzo de 2018).

¹¹⁵ Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2018, caso *Guess*, AT 40428, C(2018) 8455 final, p. 35.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 36, apartado 163.

¹¹⁷ Estas reducciones en las cuantías de las multas son posibles en atención al art. 37 de las Directrices para el cálculo de multas (DOUE C 210/2 1 de noviembre de 2006) debido a que las empresas no sólo reconocen la infracción si no que también facilitan a la Comisión la investigación. La cuantía de las multas se fija por la Comisión en atención a: 1) el valor de las ventas vinculadas con la infracción; 2) la gravedad de la infracción y su duración; 3) la cooperación de la empresa durante la investigación.

12,5 millones de euros por restringir la venta de los licenciarios oficiales en determinados mercados del EEE¹¹⁸. En particular, estas restricciones en las ventas afectaban determinados clubes y federaciones de fútbol mundialmente conocidos.

En atención a los acuerdos de distribución y licencia que *Nike* firmaba con estos clubes y federaciones, éstos podían fabricar y distribuir calzado y ropa deportiva con la marca *Nike* pero también con el logo, marca o signo de sus clubes deportivos y federaciones. Mediante estos acuerdos, las empresas vinculadas con clubes y federaciones de fútbol fabricaban y vendían no sólo ropa y calzado deportivo con la marca *Nike* también todo tipo de productos, conocido como *merchandising*. Esto significaba que los licenciarios podían incluir la marca Nike en productos de tan diversa naturaleza como sábanas, tazas productos de papelería, etc.

En particular, a *Nike* se la multa por la Comisión en 2019 por restringir el art. 101.1 TFUE con estos acuerdos de licencia y distribución que había firmado con sus licenciarios debido a que restringía las ventas activas y pasivas fuera del territorio asignado tanto de forma directa como indirecta. Entre las medidas directas, destacar las siguientes: 1) *Nike* obligaba a sus licenciarios a remitir los pedidos que no se correspondían con el territorio asignado; 2) La devolución de cánones o ingresos obtenidos por ventas realizadas fuera del territorio o incluso la imposición de dobles cánones para esas ventas.

Respecto de las medidas indirectas, destacar *ad ex.* la amenaza de *Nike* a rescindir los contratos, se negaba a suministrar determinados logos y también había creado un sistema de control donde diferenciaba licenciarios de sublicenciarios, haciendo que los primeros controlaran a los segundos y así evitar por ejemplo el suministro cruzado entre miembros de la red.

64. Esta visión de las autoridades europeas en relación a las restricciones de la venta *on line* a distribuidores autorizados ha tenido ya su reflejo en asuntos solucionados por autoridades de competencia y tribunales nacionales. Así, *ad ex.* destacar el asunto que afectó a la empresa de zapatillas deportivas *Asics*, resuelto por el Tribunal Federal alemán finales de diciembre 2017¹¹⁹, donde confirma lo dispuesto por la autoridad de competencia alemana (*Bundeskartellamt*) en 2015 y en la cual para resolver se basa en la jurisprudencia del TJUE, considerando lo siguiente: 1) Que las zapatillas de *Asics* no puede ser considerado de lujo, a pesar de la calidad y la innovación técnica que pueden presentar; 2) La cláusula que impide que los distribuidores puedan utilizar motores de búsqueda que les permitan comparar precios en internet es una cláusula restrictiva por el objeto y contraria a las normas de competencia.

65. También las autoridades francesas han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las restricciones en las ventas *on line* en contratos de distribución selectiva que la conocida empresa *Stihl* había celebrado con sus distribuidores. Este asunto fue resuelto por la Autorité de la concurrence francesa en octubre de 2018¹²⁰ y confirmado en 2019 por la Corte de Apelación francesa¹²¹ y aunque los productos no son relacionados con la industria de la moda, es interesante tenerla presente debido a que se consideró que exigir a los distribuidores que entreguen en mano el producto a los consumidores aunque el producto se comercialice *on line* era un requisito demasiado gravoso (los distribuidores debían pedir al consumidor pasarse por la tienda física a recoger el producto o incluso llevárselo el propio distribuidor en mano a la casa del cliente). La autoridad de competencia francesa entendió que tal exigencia no quedaba justificada en atención a las características de los productos objeto de estos contratos de distribución selectiva (motosierras, podadoras eléctricas, etc.).

¹¹⁸ Decisión de la Comisión de 25 de marzo de 2019 relativa a un procedimiento en virtud del art. 101.1 TFUE y del art. 51 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, asunto AT-40436-complementos deportivos, C(2019) 2172 final.

¹¹⁹ Este asunto puede consultarse en lengua alemana en <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=80673&pos=25&anz=515> (consultado el 31 de marzo de 2021).

¹²⁰ Decisión de la autoridad francesa de competencia 18-D, 23 de octubre de 2018, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture, disponible en francés en <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments/18d23.pdf> (consultado el 31 de marzo de 2021).

¹²¹ Cour D'Appel de Paris, Pôle 5, Chambre 7, arrêt du octobre 2019, disponible en francés en https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/appealsd/2019-10/ca18d23_oct17.pdf (consultado el 31 de octubre de 2021).

66. Del mismo modo las autoridades de competencia españolas también se han podido pronunciar sobre este particular en relación a asunto que afectaba a la empresa Adidas. Este asunto se incoó por la CNMC en octubre de 2018 y terminó en febrero de 2020 por la vía convencional¹²². Sobre este asunto simplemente destacar que debido a que será tratado en el capítulo dedicado a la franquicia en la presente obra, ya que las restricciones que incluía Adidas afectaban a contratos de franquicia y no a distribución selectiva, que *Adidas* tuvo que modificar los contratos de franquicia en relación a las restricciones de la venta por internet de sus franquiciados. En los contratos objeto de investigación por las autoridades de competencia que databan de 2014, no se hacía alusión alguna a que los franquiciados de Adidas pudieran comercializar los productos *on line*. Con las modificaciones que exige la CNMC, *Adidas* debe hacer una referencia expresa a que los franquiciados pueden vender *on line*, pudiendo también vender en plataformas de terceros siempre que las mismas se ajusten a las condiciones que *Adidas* exige para ser miembro de la red y no pudiendo prohibir el uso de motores de búsqueda para que los franquiciados puedan hacer publicidad en internet. Lo establecido por la CNMC en el asunto *Adidas* podría ser perfectamente aplicable a los contratos de distribución selectiva.

67. En definitiva, en relación a las restricciones que el proveedor podía exigir al distribuidor respecto de la venta *on line* de los productos en relación al Reglamento de exención por categorías 330/2010 podemos destacar las siguientes consideraciones:

- 1) El proveedor no podía prohibir de forma absoluta que el distribuidor venda los productos por internet;
- 2) El distribuidor debía ajustarse a unos criterios de calidad también para la venta *on line* que deben ir acorde con la imagen y prestigio de la marca. No obstante, estos requisitos para la venta *on line* no podían ser nunca más gravosos que las que se exigen para la venta física ni tampoco implicar una prohibición indirecta de las ventas *on line*;
- 3) El proveedor, si las características del producto lo necesitan, podía evitar los distribuidores *on line* puros y exigir que tuvieran un establecimiento físico;
- 4) El proveedor no podía exigir que el distribuidor aplicara un precio diferente a los productos que se comercializaban *on line*;
- 5) El proveedor podía restringir las ventas en plataformas electrónicas de terceros con el fin de proteger la imagen de marca. Esta restricción debía aplicarse de forma uniforme y nunca que fuera más allá de lo necesario.

3. Las restricciones que puede exigir el proveedor respecto a la venta *on line* en el Reglamento 2022/720

68. Con el Reglamento (UE) 2022/720 no es que se haya transformado por completo lo dispuesto en el régimen anterior pero sí que hay una mayor profundización y aclaración respecto a las restricciones que los fabricantes/proveedores pueden imponer a sus distribuidores autorizados. Las restricciones que el proveedor puede imponer al distribuidor y quedar aun así exentas de prohibición serían las siguientes:

- 1) Restringir o incluso prohibir al distribuidor el uso de determinados *marketplaces*.
- 2) Exigir criterios cualitativos para poder desarrollar la venta *on line*.
- 3) Obligar al distribuidor a que cuente con una tienda física para poder vender *on line*. Esta era una cuestión que generaba duda sobre si se exceptuaba de prohibición en el régimen anterior de exención por categorías. En la actual regulación se ha aclarado, y por tanto, se ha ganado en seguridad jurídica.

¹²² Resolución de la CNMC de 6 de febrero de 2020, disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2835757_9.pdf (consultado el 31 de marzo de 2021).

- 4) Requerir al distribuidor a que disponga de precios diferentes para las ventas físicas y para la venta *on line*. El precio dual con el anterior Reglamento 330/2010 no se permitía. Con el actual Reglamento es posible que el fabricante/proveedor fije para un mismo un precio mayorista diferente al distribuidor en función de si éste lo va a comercializar en tienda física u *on line*¹²³. El precio dual ha dejado de ser una restricción especialmente grave siempre que i) no tenga por objeto (directo o indirecto) que el distribuidor o sus clientes no utilicen internet como canal para la venta de los productos, ii) se recompense un nivel adecuado de inversiones, iii) se relacione con los costes soportados en cada canal. El precio dual esconde una prohibición de las ventas por internet cuando i) ese precio hace que al distribuidor la venta *on line* no le sale rentable; ii) el precio dual se utiliza para limitar la cantidad de productos que el distribuidor puede comercializar *on line*.
- 5) Exigir al distribuidor a que realice un número de ventas mínimo en tienda física.

69. En contraposición, el proveedor no puede llevar a cabo las siguientes prácticas¹²⁴:

- 1) Obligar al distribuidor a que para poder vender *on line* pida primero permiso al proveedor.
- 2) Exigir al distribuidor que sólo venda en tienda física o con la presencia física de personal autorizado¹²⁵.
- 3) Requerir al distribuidor que impida a los clientes situados en otro territorio visitar su sitio web.
- 4) Obligar al distribuidor a que rescinda las transacciones con los consumidores cuando los datos de su tarjeta de crédito revelan que esos consumidores no pertenecen al territorio del distribuidor.
- 5) Prohibir al distribuidor que establezca o explote una o más tiendas *on line*, con independencia de que dicha tienda esté alojada en el servidor del propio distribuidor o de un tercero.

70. Respecto a las restricciones que se le pueden exigir al distribuidor en relación a los mercados de comercio electrónico, las Directrices recogen unas indicaciones para esos casos donde las partes superan el 30% de poder de mercado¹²⁶. Así, los cuatro aspectos a valorar para saber si las restricciones impuestas a los distribuidores en relación al uso de *marketplaces* quedaría exenta de prohibición serían los siguientes:

- a) Se debe evaluar la posición en el mercado del proveedor y de sus competidores. Esto permite conocer el grado de competencia intermarca. Una reducción de la competencia intramarca es difícil que produzca por sí misma efectos negativos en la competencia intermarca si existe competencia fuerte intermarca a nivel de proveedor y distribuidor¹²⁷.
- b) Hay que atender al tipo y alcance de la restricción que se le impone al distribuidor en relación a los *marketplaces*. Es mucho más probable que una restricción total del uso de mercados en línea pueda ser más lesiva para la competencia que una restricción que sólo va dirigida al uso de determinados *marketplaces*¹²⁸.
- c) Se debe valorar la importancia que tienen los *marketplaces* restringidos como canal de venta en los mercados de producto y geográfico de referencia¹²⁹.
- d) Es necesario evaluar el efecto acumulativo de cualquier otra restricción exigida por el proveedor en relación a las ventas o a la publicidad en línea¹³⁰.

¹²³ Directriz nº 209 relativas a las restricciones verticales.

¹²⁴ Directriz nº 206 relativas a las restricciones verticales.

¹²⁵ STJUE 13 octubre 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartado 47.

¹²⁶ Directriz nº 337 a 342 relativas a las restricciones verticales.

¹²⁷ Directriz nº 341 relativas a las restricciones verticales.

¹²⁸ Directrices nº 341 relativas a las restricciones verticales.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ *Idem*.

71. Este análisis basado en los criterios señalados permitirá determinar si tales restricciones pueden quedar exentas de prohibición en atención al art. 101.3 TFUE, o si por el contrario, deben prohibirse. Las mismas quedarán exentas si generan eficiencias como evitar las falsificaciones o asegurar el aura de prestigio de la marca. Las restricciones de venta en *marketplaces* a los distribuidores basadas en la calidad no van a quedar exentas de prohibición cuando¹³¹: i) El propio proveedor utiliza el mercado en línea que al distribuidor se le prohíbe utilizar; ii) El proveedor prohíbe el uso de *marketplaces* a algunos distribuidores, pero no a otros; iii) La plataforma de comercio electrónico es un miembro de la red de distribución selectiva.

4. Las restricciones del proveedor respecto a la publicidad *on line* en el Reglamento 2022/720

72. El proveedor puede requerir a sus distribuidores que la publicidad en línea llevada a cabo por los mismos cumpla determinados requisitos, los cuales pueden estar relacionados con proporcionar información de calidad, concreta y rigurosa a los clientes.

73. La regla general es que el proveedor no puede prohibir directamente el uso de las herramientas webs que permiten la comparación de precios o la publicidad en motores de búsqueda. Esto es así porque este tipo de servicios permite al distribuidor ganar visibilidad en la red lo que se traduce en muchas ocasiones en más ventas. Sin embargo, muchas veces los proveedores restringen el uso de comparadores de precios argumentando la protección de la imagen de la marca debido a que en estos buscadores los productos se diferencian únicamente por el precio y no por otros aspectos como la gama de los productos o su calidad¹³². También es habitual encontrar restricciones en la publicidad en línea, prohibiendo a los distribuidores que pujen por palabras claves, con el fin hacerlo el proveedor por sí mismo. Pues bien, las Directrices señalan que ni directamente pero tampoco indirectamente se puede prohibir al distribuidor a que utilice herramientas en línea de comparación de precios o la publicidad en motores de búsqueda, así estaría prohibido conforme a las normas de competencia: i) Que el proveedor prohíba la utilización de las marcas o nombres comerciales del proveedor para pujar con el fin de posicionarse en motores de búsqueda¹³³; ii) Que el proveedor prohíba que el distribuidor proporcione información relativa a los precios en las herramientas de comparación de precios. Esto es así debido a que esta restricción debilita la competencia en precios, pudiendo dar lugar a la compartimentación del mercado, y por tanto, afectando negativamente a la competencia intramarca e intermarca. No obstante, el proveedor sí puede prohibir el uso de determinadas herramientas de comparación de precios cuando éstas no cumplan determinados aspectos relacionados con la calidad y cuando no sean utilizados por la mayoría del público¹³⁴.

74. Al igual que señalamos en las restricciones de venta *on line*, las Directrices recogen una serie de pautas para evaluar la compatibilidad de las restricciones en el uso de herramientas de comparación de precios por parte del distribuidor en aquellos acuerdos que no caen dentro de la exención en bloque porque *ad ex*. superan el umbral de la cuota de mercado del 30%. Dichos factores a tener en cuenta son¹³⁵:

- 1) La posición del mercado del proveedor y de sus competidores.
- 2) La relevancia de las herramientas de comparación de precios como canal publicitario en el mercado de referencia para la venta de servicios y bienes contractuales.
- 3) El tipo y alcance de las restricciones y la importancia relativa al servicio concreto de comparación de precios que se restringe o prohíbe.

¹³¹ Directriz nº 342 relativas a las restricciones verticales.

¹³² Directriz nº 345 relativas a las restricciones verticales.

¹³³ Directriz nº 206 letra g) relativas a las restricciones verticales.

¹³⁴ Directriz nº 350 relativas a las restricciones verticales.

¹³⁵ Directriz nº 353 relativas a las restricciones verticales.

- 4) Si el proveedor también impone restricciones al distribuidor para utilizar otras formas de publicidad en línea.

VIII. Las cláusulas de paridad

1. Concepto

75. En el Reglamento 330/2010 ni tampoco en las Directrices que lo acompañaban se regulaban ni tampoco se mencionaba nada al respecto sobre las cláusulas de paridad. Así, se consideraba que estas cláusulas en principio eran lícitas si caían dentro del paraguas de la exención del art. 2.1 del Reglamento 330/2010¹³⁶. Sin embargo, como estudiaremos más adelante, en el Reglamento (UE) 2022/720 ya sí que se menciona este tipo de cláusulas y se establece una regulación sobre las mismas¹³⁷.

76. Las “cláusulas de paridad” o MFNs son cláusulas que se pactan entre proveedores y distribuidores (actualmente el distribuidor o intermediario adopta la forma de plataforma de comercio electrónico) en las que el proveedor garantiza al distribuidor que nadie en el mercado va a vender su producto y/o servicio a un precio menor o en base a mejores condiciones que dicho distribuidor¹³⁸. Esas condiciones pueden ser relativas a precios pero también en relación a otros aspectos como el inventario, la disponibilidad de los productos o cualquier otra condición de oferta o venta¹³⁹. En este trabajo nos vamos a centrar especialmente en las cláusulas de paridad relativas a los precios. El proveedor se compromete durante toda la vigencia del contrato a que el precio o las condiciones contractuales al que el distribuidor va a ofrecer el producto y/o servicio es el precio más bajo al que el proveedor va a permitir su venta en el mercado. Así, podríamos destacar dos elementos presentes en “las cláusulas de paridad de precios”¹⁴⁰:

- i) *Elemento vertical*: las firmas involucradas no se encuentran en la misma fase de la cadena productiva y/o distributiva. Las cláusulas de paridad de precio se firman entre proveedor y distribuidor.
- ii) *Elemento horizontal*: el fin de la cláusula es establecer un precio de reventa para productos competidores o que venden minoristas competidores.

77. El concepto de “cláusulas de paridad de precios” ha cambiado, lo que se denominaba así, es diferente con lo que se entiende en la actualidad. El concepto de MFNs se ha ampliado hasta acercarse a lo que en el sector hotelero se conoce como “cláusula de paridad de tarifas”¹⁴¹. Así, sería posible diferenciar entre “cláusulas de paridad de precios mayoristas” y “cláusulas de paridad de precios minoristas”. En relación a las primeras, la cláusula asegura al distribuidor el mejor precio mayorista, nadie va a

¹³⁶ Vid. A. ZURIMENDI ISLA, *Gigantes tecnológicos, distribución on line y Derecho de la competencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2021, p. 217.

¹³⁷ Tal y como venía reclamando algunos autores vid. G. GÜRKAYNAK/A. GÜNER/ S. DINIZ/ J.FILSON, “Most favored-nation clauses in commercial contracts: legal and economic analysis and proposal for a guideline”, *European Journal of Law and Economics*, vol 42, nº 1, 2016, pp. 129-155, en particular, p. 134.

¹³⁸ Vid. M.ALFTER/ M.HUNOLD, “Weit, eng oder gar nicht? Unterschiedliche Entscheidungen zu den Bestpreisklausen von Hotelportalen”, *WuW*, Nr. 11, 2016, p. 526; Baena Zapatero R., “El lío de las llamadas MFNS y el derecho de la competencia: de Apple a booking.com”, Recuerda Girela M.A., Problemas prácticos y de actualidad del derecho de la competencia, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 185; Gürkaynak G. / Güner A. / S.Diniz/ Filson J., “Most-favored-nation clauses in commercial contracts: legal and economic analysis and proposal for a guideline”, *Eur J. Law Econ* (2016), p.130; Fisse B., “Facilitating practices, vertical restraints and most favoured customers”, Competition Law Conference, Mayo 2016, disponible en http://www.brentfisse.com/images/Fisse_-_Facilitating_practices_most_favoured_customer_clauses_220516.pdf (consultado el 28 de noviembre de 2016); M.TAMKE, “Kartellrechtliche Beurteilung der Bestpreisklausen von Internetplattformen”, *WuW* 6, 2015, p. 595.

¹³⁹ Directriz nº 356 relativas a las restricciones verticales.

¹⁴⁰ Sobre este particular vid. OCDE Summary of Discussion of the hearing on Across-Platforms Parity Agreements, Octubre 2015, disponible en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M\(2015\)2/ANN2/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M(2015)2/ANN2/FINAL&doclanguage=en) (consultado el 15 de noviembre de 2016).

¹⁴¹ Vid. Baena Zapatero, R., “El lío de..., *op. cit.*”, p. 185.

comprar más barato que él. El proveedor no se preocupa por el precio minorista, no determina el precio al que debe vender el distribuidor a sus clientes. Así, una “cláusula de paridad de precios mayoristas” podría verse reflejada en el siguiente ejemplo. Un distribuidor minorista de cosméticos consigue proveerse de productos, *ad ex.*, pintalabios de la marca X a un precio menor que cualquiera de los competidores que venden ese mismo producto y que son suministrados por el mismo proveedor de dicha marca. Esta cláusula MFN le supone una importante ventaja competitiva para este distribuidor, ya que puede distinguirse en el mercado vendiendo dicho producto a un precio menor que al que venden sus competidores o vender el producto a un precio similar al de sus competidores y garantizarse mayor margen de beneficio.

78. Respecto a las “cláusulas de paridad de precios minoristas” son cláusulas que aseguran al distribuidor un precio de venta al por menor. Si el distribuidor ha firmado una “cláusula de paridad de precio minorista” no se va a preocupar por competir en precio con sus competidores. Su precio minorista siempre se lo va a garantizar el proveedor, así si para competir debe bajar los precios, dicha bajada se la va a compensar el proveedor, su margen siempre está garantizado con este tipo de cláusulas.

79. Las MFNs minoristas son las más relevantes actualmente debido a que son las que tienen relevancia en comercio electrónico. De hecho, estas cláusulas MFNs utilizadas específicamente por las plataformas de comercio electrónico han pasado a ser consideradas un tipo específico de cláusulas MFNs, denominándolas *platform MFNs*¹⁴². La relevancia de estas cláusulas ha surgido en relación a asuntos, tanto a un lado como al otro del atlántico, como el de *booking.com*, plataforma que fue investigada por las autoridades de competencia francesa, sueca e italiana, el cual analizaremos en profundidad más adelante o el asunto de los e-books en EE.UU. Sobre este particular es importante tener presente cómo son consideradas estas cláusulas en el Derecho de la competencia de algunos Estados miembros. Así, en agosto de 2015 la Ley Macron declaró nulas las cláusulas de paridad precios celebradas entre agencias de viajes *on line* y los hoteles, lo mismo sucedía en el ordenamiento austriaco un poco más tarde, en noviembre de 2016 y también ha sucedido así en el ordenamiento italiano en agosto de 2017. La Ley de competencia desleal austriaca también ha declarado nulas todas las cláusulas de paridad de precios celebradas por agencias de viajes *on line*.

80. En el sector de las plataformas *on line* de reservas hoteleras, una cláusula MFNs implica que el hotel se compromete a conceder a la plataforma con la que pacta este tipo de cláusulas la tarifa más barata para la reserva *on line*, ni el hotel en su página web ni otros competidores de dicha plataforma podrán ofertar tarifas a un precio menor para la reserva *on line*. Además del mejor precio, “las cláusulas de paridad de precios” también incluyen otros beneficios para la plataforma como contar con la posibilidad de ofertar el mayor número de alojamientos o las mejores políticas de cancelación.

81. Dentro de las “cláusulas de paridad de precios minoristas” es necesario diferenciar entre las “amplias” y las “estrechas”, las que se han encontrado en el punto de mira por las autoridades de competencia en los últimos años ha sido “las estrechas”. Ello es así por los efectos que presentan para el mercado y la competencia. Cuando se trata de “cláusulas de paridad de precios minoristas estrechas” las eficiencias que podrían presentar para la competencia prácticamente desaparecen. Bajo este tipo de cláusulas el proveedor se compromete a no comercializar sus productos y/o servicios en el canal directo a un precio inferior a lo que lo hace la plataforma de *ecommerce* en su página web. Estas cláusulas limitan la capacidad del proveedor para fijar sus precios, ya que, en ningún caso podrá vender a un precio más bajo que la plataforma y si lo hiciera debería compensar al distribuidor-plataforma manteniéndole su margen de beneficio, con independencia de que el precio de venta al público fuera más bajo. La plataforma nunca pierde su margen. Esta cláusula provoca que el proveedor deba cerciorarse de que sus otros distribuidores no vendan a un precio menor que lo pactado en la cláusula MFN. Es decir, el compromiso de “la cláusula de paridad de precios” le obliga en mayor o menor medida a coordinar el precio con sus distribuidores.

¹⁴² G.GÜRKAYNAK/ A.GÜNER/ S.DINIZ/ J.FILSON, “Most-favored-nation...”, *op. cit.*, p.131.

2. La regulación de las cláusulas de paridad de precios en el Reglamento (UE) 2022/720

82. En atención al Reglamento (UE) 2022/720 quedan exentas de prohibición todas las cláusulas de paridad salvo aquellas a las que se refiere el art. 5.1 letra d. Las cláusulas de paridad que no se benefician de la exención en bloque son aquellas que bien recogidas en un acuerdo de distribución o bien basadas en obligaciones exigidas de forma directa o indirecta impidan al comprador de servicios de intermediación en línea ofrecer, vender o revender bienes o servicios a los usuarios finales en condiciones más favorables mediante plataformas electrónicas de intermediación competidoras.

83. Un ejemplo del tipo de cláusulas que no quedan exentas de prohibición podría ser el siguiente: Un distribuidor de productos cosméticos y de belleza de marcas conocidas vende sus productos a través de tres establecimientos físicos situados en el centro de Madrid. Este distribuidor también comercializa dichos productos a través de internet a través de su propia web. Sin embargo, quiere llegar a más clientes y entabla conversaciones con *Amazing*, una plataforma de *ecommerce* donde se pueden vender y comprar todo tipo de productos que opera en todo el mundo y cuenta con una importante cuota de mercado en Europa y también en España (en torno al 30%). Cuando el distribuidor madrileño analiza el contrato que debe firmar con *Amazing* se da cuenta de que no puede vender sus productos a un precio más bajo en otras plataformas de *ecommerce*. Esto hace que los clientes del distribuidor donde más barato van a poder comprar sus productos es en la plataforma *Amazing*. Este tipo de cláusulas no van a poder beneficiarse de la exención en bloque del art. 2.1 del Reglamento (UE) 2022/720 debido a que generan riesgos para la competencia, tales como¹⁴³: 1) Riesgo de colusión entre proveedores de servicios de intermediación en línea; 2) Riesgo de impedir la entrada al mercado de nuevos proveedores de servicios de intermediación en línea.

84. Las Directrices que acompañan al Reglamento (UE) 2022/720 recogen determinados factores para evaluar si una cláusula de paridad minorista entre plataformas en línea que no se beneficia de la exención en bloque podría acogerse a la exención individual en atención al art. 101.3 TFUE, dichos factores son¹⁴⁴:

- 1) La posición en el mercado del proveedor de servicios de intermediación en línea que impone la obligación y de sus competidores. Los efectos que generan para la competencia este tipo de obligaciones son más restrictivos cuando las exigen una o más plataformas. Este tipo de obligaciones también da lugar a que el proveedor de servicios de intermediación más grande afiance su posición en el mercado frente a proveedores más pequeños¹⁴⁵.
- 2) El número de compradores de los servicios en línea a los que les afecta tales obligaciones. Este es un aspecto especialmente importante porque puede darse la situación de que las obligaciones de paridad del proveedor restringen la competencia respecto a una cuota de demanda que supera la cuota de mercado del proveedor¹⁴⁶. Un ejemplo podría ser el siguiente
- 3) El comportamiento de conexión de los compradores de los servicios de intermediación en línea y los usuarios finales. La cuestión a resolver es cuántos servicios de intermediación competidores utilizan esos compradores. Los compradores de servicios de intermediación en línea muchas veces se conectan a varias plataformas para llegar a clientes que se conectan a una única plataforma y no cambian de plataforma¹⁴⁷. La multiconexión de los compradores es posible debido a los modelos de negocio que ofrecen las plataformas. El comprador de servicios solo paga al proveedor de los servicios de intermediación de la plataforma cuando se genera una transacción. La multiconexión por parte de los compradores puede dar lugar

¹⁴³ Directriz nº 360 relativas a las restricciones verticales.

¹⁴⁴ Directriz nº 361 relativas a las restricciones verticales.

¹⁴⁵ Directriz nº 362 relativas a las restricciones verticales.

¹⁴⁶ Directriz nº 362 relativas a las restricciones verticales.

¹⁴⁷ Directriz nº 364 relativas a las restricciones verticales.

a que la demanda de dichos servicios de intermediación que se ven afectados por las obligaciones de paridad aumente. El hecho de que los clientes finales se conecten a una única plataforma se puede traducir en que cada proveedor controle el acceso a un grupo distinto de usuarios finales¹⁴⁸. Este escenario beneficia al proveedor de servicios de intermediación en línea debido a que puede incrementar su poder de negociación y su capacidad para imponer cláusulas de paridad minoristas.

- 4) La existencia de barreras de entrada en el mercado de referencia para la prestación de servicios de intermediación en línea. Si hay barreras de entrada los efectos negativos de las cláusulas de paridad minoristas se agravan¹⁴⁹.
- 5) La relevancia de los canales de venta directa de los compradores de servicios de intermediación en línea y la medida en que dichos compradores pueden dejar de utilizar la plataforma de los proveedores de servicios de intermediación en línea¹⁵⁰. Los compradores de servicios de intermediación en línea pueden tener una tienda física o una *web* donde directamente venden sus productos o servicios al cliente final. Para evaluar el impacto en la competencia de las cláusulas de paridad minoristas es necesario determinar si las mismas también van dirigidas y afectan a los canales de venta directa del comprador. También es conveniente conocer cuán potentes son esos otros canales de venta para el comprador, porque si son relevantes y le generan muchas ventas, es más fácil dejar de utilizar la plataforma del proveedor. *Ad ex.*, si en el contrato de servicios de intermediación el proveedor de servicios exige al comprador que no puede vender a un precio más bajo (u ofertar la nueva gama de un determinado producto) en su tienda física y/o en su tienda *on line* que en la plataforma del proveedor la cláusula de paridad impacta de lleno en otros canales de venta del comprador. Para evaluar el impacto de este tipo de cláusulas es necesario saber como señalábamos lo que suponen para el comprador estos canales de venta directos alternativos a la plataforma.

85. Las Directrices también recogen diferentes criterios a tener en cuenta para evaluar otro tipo de cláusulas de paridad (obligaciones de paridad minoristas relativas a los canales de venta directa, obligaciones de paridad ascendentes y obligación de cliente más favorecido) cuando las mismas no pueden beneficiarse de la exención en bloque. Esto sobre todo puede suceder cuando las partes ostentan más de un 30% de poder de mercado en el mercado de referencia.

86. Por último, un aspecto a tener en cuenta es que las autoridades de competencia pueden en virtud del art. 6.1 del Reglamento (UE) 2022/720 retirar la exención a un acuerdo vertical en un principio exento de prohibición debido a que consideran que el mismo presenta efectos incompatibles con respecto al art. 101.3 TFUE. El citado art. 6.1 señala que tales efectos contrarios al art. 101.3 TFUE pueden tener lugar cuando en el mercado de referencia para la prestación de servicios de intermediación en línea haya mucha concentración y la competencia entre los proveedores de dichos servicios esté restringida por el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos similares que limiten a los compradores de los servicios de intermediación en línea la oferta, venta o reventa de bienes o servicios a los usuarios finales en condiciones más favorables en sus canales de venta directos.

IX. Las cláusulas de no competencia

87. Las restricciones de los art. 4 y 5 tienen consecuencias jurídicas diferentes. Mientras las especialmente graves del art. 4 implican la nulidad de acuerdo y por ende, la no exención en bloque. Las restricciones del art. 5 no provocan la nulidad de todo el acuerdo. Sus efectos no son considerados tan perjudiciales como para dañar el acuerdo en su totalidad. Así, el artículo 5 establece, a diferencia

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ Directriz nº 364 relativas a las restricciones verticales.

¹⁵⁰ Directriz nº 366 relativas a las restricciones verticales.

del anterior, que la exención no se aplica a “*las obligaciones contenidas en los acuerdos verticales*”. Sólo dichas cláusulas concretas se considerarán contrarias a la competencia y no se beneficiarán de la exención en bloque del Reglamento. El resto del acuerdo podría beneficiarse de la exención siempre que pueda ser separado de dichas cláusulas y cumpla los arts. 2 y 3 del Reglamento (UE) 2022/720.

88. Este artículo 5 del Reglamento de exención por categorías se centra por completo en las cláusulas de prohibición de competencia. La letra a) recoge la regla general, la letra b) apunta las restricciones posteriores al contrato y la letra c) menciona una especialidad para los supuestos de distribución selectiva. Una novedad con respecto al Reglamento 330/2010 es que el actual incluye una letra más en el art. 5, la letra d). Esta letra d) del art. 5 excluye de la exención en bloque a aquellas cláusulas contenidas en un acuerdo de distribución dirigidas a obligar al comprador de servicios de intermediación en línea, de forma directa o indirecta, a no ofrecer, vender o revender bienes o servicios a los usuarios finales en condiciones más favorables mediante servicios competidores de intermediación en línea.

89. Por lo tanto, podemos diferenciar cuatro tipos de cláusulas no competencia que no quedarían exentas de prohibición: 1) obligaciones de no competencia impuestas mientras el acuerdo de distribución esté en vigor; 2) Obligaciones de no competencia tras la extinción del acuerdo; 3) Obligaciones de no competencia en la distribución selectiva; 4) Obligaciones de no competencia a los compradores de servicios de intermediación en línea.

90. En particular, nos vamos a centrar en las obligaciones de no competencia mientras esté en vigor el acuerdo vertical. Por lo tanto, las cláusulas de no competencia que tengan una duración indefinida o superior a cinco años no se beneficiarán de la exención¹⁵¹. De este modo, no todas las cláusulas de no competencia están prohibidas porque las que tengan una duración igual o inferior a cinco años pueden perfectamente beneficiarse de la exención. Además, también están incluidas en el Reglamento aquellas que, tras un período de cinco años, las partes quieran renovarlas. Y con respecto a la renovación de las cláusulas de no competencia, hay un cambio que introduce el Reglamento (UE) 2022/720. Así, con la actual regulación, las renovaciones tácitas de las cláusulas de no competencia quedarían exentas de prohibición. Con el Reglamento 330/2010 las renovaciones de las cláusulas de no competencia tras un período de cinco años podían quedar exentas de prohibición siempre que la renovación fuera explícita. Ahora ya no es necesario una renovación expresa. Las renovaciones tácitas se excluían de la exención debido a que se consideraban que los efectos que tenían eran los mismos que los de las cláusulas indefinidas. Sin embargo, con el nuevo Reglamento de exención por categorías pueden quedar exentas esas renovaciones tácitas siempre que se cumplan dos condiciones¹⁵²: 1) El distribuidor debe disponer de un periodo de preaviso razonable y no se le causen costes desproporcionados; 2) El distribuidor debe poder tener la posibilidad de renegociar las cláusulas o resolver la obligación de no competencia a partir del quinto año.

X. El contrato de agencia

1. Marco jurídico

91. El contrato de agencia se define en el art. 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del Contrato de Agencia (en adelante, LCA)¹⁵³, como el contrato mediante el cual “*una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el*

¹⁵¹ Directriz nº 248 sobre restricciones verticales.

¹⁵² Directriz nº 248 sobre restricciones verticales.

¹⁵³ BOE núm. 129, de 29 de mayo de 1992. Para un comentario sobre esta Ley *vid.* F. PALAU RAMÍREZ/F. MARTÍNEZ SANZ/M. MONTEAGUDO, *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 2006.

riesgo y ventura de tales operaciones”. La definición del contrato de agencia es la misma en todos los Estados miembros ya que su regulación es consecuencia de la Directiva 86/653/CEE de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales¹⁵⁴. La LCA es consecuencia de la transposición de esta Directiva. Muchas de las normas que contiene esta ley son de carácter imperativo, no pudiendo las partes que intervienen en el contrato derogarlas¹⁵⁵. De hecho, los agentes que ejerzan su actividad en un Estado miembro no podrán renunciar a las prerrogativas esenciales que les confiere la Directiva ni tan si quiera en el supuesto de que contraten con un principal de un tercer Estado y la ley que gobierne el contrato sea la ley de ese Estado¹⁵⁶. Esto es así debido a que la *ratio legis* de la Directiva y de la LCA es proteger al agente por ser considerado como parte más débil de la relación contractual.

92. La LCA no ha ayudado a clarificar si la naturaleza de la actividad que desempeña el agente en el tráfico jurídico es laboral, mercantil o civil¹⁵⁷. De este modo, de forma complementaria, a la LCA también es posible aplicar la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo para determinar el régimen jurídico de la actividad que desempeña el agente¹⁵⁸. En concreto, la actividad del agente podría encuadrarse dentro del régimen paralaboral de los denominados trabajadores autónomos económicamente independientes. El agente cuadra perfectamente con la definición que el art. 11 de esta ley proporciona sobre este tipo de trabajadores, así los define como “*aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales*”.

2. Objeto del contrato

93. El objeto del contrato es la promoción continuada y estable de actividades del comercio. Se puede afirmar que este tipo de contrato también es bastante habitual en la industria de la moda, sobre todo es común encontrarlo para comercializar internacionalmente joyas¹⁵⁹. Esto es así porque es una forma que tienen las empresas que producen este tipo de productos de expandirse internacionalmente cuando todavía no se sabe del todo bien si ese producto será aceptado bien en un determinado mercado extranjero.

94. Estas actividades comerciales no tienen por qué ceñirse exclusivamente al concepto de “acto de comercio” del art. 2 Código de Comercio¹⁶⁰¹⁶¹. La labor del agente es promover los contratos que le han sido encomendados, de esta forma su labor es la recepción de pedidos u ofertas de terceros para posteriormente transmitirlos al principal. Es decir, la agencia es un contrato de gestión de intereses ajenos¹⁶². La función del agente es de intermediación entre el empresario principal y un tercero.

¹⁵⁴ DO L 382, 3 de diciembre de 1986.

¹⁵⁵ Vid. R. BERCÓVITZ ÁLVAREZ, “El contrato de agencia”, en A. BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO/ M^a.A. CALZADA CONDE, *Contratos mercantiles*, 5^a ed, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 676.

¹⁵⁶ STJCE de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar GB Ltd/Eaton Leonard Technologies Inc.*, C-381/98, *Rec.* 2000, p. I-09305, apartados 21-26.

¹⁵⁷ Vid. A. ESCUDERO PRIETO, “¿Qué criterios delimitan las figuras del representante del comercio y del agente mercantil? Situación actual y nuevas perspectivas ante la futura regulación del trabajador autónomo económicamente dependiente”, *Rcd*, n^o 1, 2007, pp. 173- 181.

¹⁵⁸ BOE núm. 166, de 12 de Julio de 2007.

¹⁵⁹ Un ejemplo podría ser el contrato de agencia internacional al que dio lugar la SAP de Barcelona de 3 de julio de 2019, ECLI:ES:APB:2019:8280, asunto que enfrentaba a un agente comercial alemán con un taller de joyería español. Para un comentario sobre esta sentencia vid. H. AGUILAR GRIEDER, “Problemas de Ley aplicable en el marco de un contrato internacional de agencia comercial: comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 11) de 3 de julio de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (cdt)*, vol. 12, n^o 1, pp. 435-443.

¹⁶⁰ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, Gaceta de Madrid, núm. 289, de 16 de octubre de 1885.

¹⁶¹ R. BERCÓVITZ ÁLVAREZ, “El contrato de...”, p. 682.

¹⁶² Vid. F. PALAU RAMÍREZ, “El contrato de agencia”, en J.I. RUIZ PERIS/ J. MARTÍ MIRAVALLS, *Contratos de distribución. Agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 14.

95. En otras palabras, con la agencia el empresario principal persigue expandirse a áreas geográficas donde no opera y así ampliar su clientela sin la necesidad de crear un puesto fijo ocupado por un empleado a su cargo. El empresario principal elige la agencia porque le resulta más eficiente colaborar con un empresario independiente que tener un trabajador fijo al que debe pagar como mínimo un salario más las cuotas pertinentes a la Seguridad Social. En muchas ocasiones, el contrato de agencia se complementa con un contrato de representación en los casos en los que el principal desea que el agente concluya las operaciones con terceros en su nombre¹⁶³. Cuando no existe representación, el agente ofrece los productos del principal a un tercero de acuerdo a las condiciones pactadas entre ambos *-invitatio ad offerendum-*. El tercero responde con un pedido, que es considerado la oferta y que el agente transmite al principal. Una vez que el principal la acepta se habrá perfeccionado el contrato.

3. Diferencia con otros contratos de distribución e implicaciones para el Derecho de la competencia europeo

96. En atención a la definición y características estudiadas se puede extraer la conclusión de que la agencia no es un contrato de distribución en sentido estricto¹⁶⁴. A pesar de que la agencia comparte algunas características con los contratos de distribución, no se puede afirmar que compartan la misma naturaleza. El distribuidor actúa por cuenta propia asumiendo el riesgo de la reventa de los bienes al proveedor. Sin embargo, el agente actúa en el mercado por cuenta del principal sin asumir el riesgo que entraña la reventa de las mercancías, salvo pacto en contrario¹⁶⁵. La remuneración también es un dato a tener en cuenta para diferenciar ambas figuras. Mientras que los ingresos del agente son vía comisiones en función de las ventas que realice; la ganancia del distribuidor se encuentra en el margen entre el precio de compra y el de reventa¹⁶⁶. Así, el agente sería un mero colaborador, a pesar de que, formalmente es independiente, pero al no asumir los riesgos de la venta, no es un auténtico empresario desde un punto de vista económico¹⁶⁷. Sin embargo, aunque la agencia no se pueda incluir en la categoría de contrato de distribución sí que se es una forma de distribución de bienes y servicios¹⁶⁸.

97. Respecto al tratamiento de los acuerdos de agencia desde el ángulo del Derecho europeo de la competencia destacar la Directriz nº 29 de las Directrices relativas a las restricciones verticales. Esta Directriz recoge una definición muy similar a la establecida en la citada Ley de agencia¹⁶⁹.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 679.

¹⁶⁴ La inclusión del contrato de agencia en la categoría de contratos de distribución no ha sido una cuestión pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia española. Así, hay autores que consideran que el contrato de agencia se podría incluir dentro de la distribución comercial pero no dentro de un concepto estricto de contrato de distribución. En este sentido *vid.* M.A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, “Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial”, en A. L. CALVO CARAVACA/ L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Contratos internacionales*, Madrid, 1997, p. 1276 y ss. Sin embargo, otros autores consideran que la agencia sí es un tipo de contrato de distribución. *Vid.* F. MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por...*, pp. 24-28.

¹⁶⁵ Es necesario distinguir entre el riesgo que implica la actividad del agente (intermediación) y el riesgo de las operaciones de reventa que el agente lleva a cabo actuando por cuenta ajena. Los riesgos de actividad como agente, como empresario independiente que organiza su empresa son asumidos por el agente. Sin embargo, los riesgos derivados de la promoción y contratación en nombre del principal no los asume el agente, ya que, en este caso funciona como intermediario. Esto es así debido a que el agente no llega a ser el propietario de las mercancías que revende, ni está obligado a realizar inversiones en gastos de financiación de la operación o publicidad, ni, tampoco, entre otras actividades, a prestar ningún servicio de posventa.

¹⁶⁶ El hecho de que el agente pueda realizar descuentos a cargo de su comisión no implica que exista riesgo económico y financiero para que se le considere un empresario independiente. Así lo recoge la STPI de 15 de septiembre de 2005, *Daimler-Chrysler*, T- 325/01, *Rec.* 2005, p. II-03319, apartado 99.

¹⁶⁷ *Vid.* R. ALONSO SOTO, “Tipología de los contratos de distribución comercial”, en A. ALONSO UREBA/ L. VELASCO SAN PEDRO/ C. ALONSO LEDESMA/ J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ A.J. VIERA GONZÁLEZ (Dir.), *Los contratos de distribución*, La ley, Madrid, 2010, p. 73.

¹⁶⁸ *Vid.* C. GORRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y...*, p. 46.

¹⁶⁹ La definición del contrato de agencia dado por la Comisión en la Directriz nº 29 relativa a las restricciones verticales es la siguiente: “Un agente es una persona física o jurídica que dispone de la facultad de negociar o suscribir contratos por cuenta de otra persona (el principal), ya sea en nombre del propio agente o del principal, para la: compra de bienes o servicios por parte del principal, o venta de bienes o servicios suministrados por el principal”.

98. La diferencia entre los contratos de distribución propiamente dichos y la agencia es de especial importancia para el Derecho de la competencia¹⁷⁰. Así, los acuerdos entre el agente y el principal no son susceptibles de la prohibición del art. 101.1 TFUE, así lo estableció la Comisión ya en 1962 en la conocida como la Comunicación de Navidad¹⁷¹. Esto implica que los acuerdos de agencia no podían beneficiarse de la exención en bloque del Reglamento 330/2010 ni tampoco del actual Reglamento (UE) 2022/720, como posteriormente vamos a estudiar cuando se cumplan las condiciones expuestas en la Directriz nº 33 relativas a las restricciones verticales. La razón de excluir el contrato de agencia cuando es genuino radica en que no son considerados pactos entre dos empresas independientes debido a que el agente actúa como un representante del principal en el mercado del producto¹⁷². Los intereses del principal y el agente en las transacciones son prácticamente los mismos. Cuestión diferente sucede en el mercado de los servicios. En este caso, como el agente es considerado un empresario independiente cuando actúa en el mercado de los servicios de intermediación, los pactos que afecten a este mercado de servicios pueden considerarse prohibidos sin son contrarios al Derecho de la competencia.

4. Las novedades que introduce el Reglamento (UE) 2022/720 en relación al contrato de agencia

99. Tres son los aspectos que introduce el Reglamento (UE) 2022/720 con respecto al Reglamento 330/2010:

- 1) La consideración de la compra temporal de los bienes por parte del agente. Una característica clave en los contratos de agencia genuinos es que el agente no es el propietario de los bienes que comercializa en el tráfico económico. El agente actúa por cuenta del principal y los bienes son propiedad de éste. Sin embargo, es posible que el agente se siga considerando como genuino aunque adquiera la propiedad de los bienes temporalmente siempre que se cumplan dos condiciones: a) El agente vende los bienes por cuenta del principal; b) El agente no incurre en costes o riesgos vinculados con la transmisión de la propiedad¹⁷³. Esto implica que, aunque de forma puntual la relación entre el principal y el agente pueda parecerse más a la derivada de un contrato de distribución eso no implica perder la consideración de agente genuino.
- 2) El pago de los costes al agente. El principal puede reembolsar los costes al agente genuino para evitar que éste incurra en riesgos. Ese reembolso puede ser¹⁷⁴: a) El reintegro de los costes exactos en los que haya incurrido el agente; b) El abono de una cantidad a tanto alzado; c) El pago de un porcentaje fijo de los ingresos en atención al contrato de agencia. Es importante que el agente pueda diferenciar entre estos pagos del principal en concepto de riesgos de los pagos por remuneración por la prestación de los servicios¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Vid. J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Contratos internacionales de distribución Comercial en el Derecho Internacional privado de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013, pp. 221-222.

¹⁷¹ DO 139 de 24 de diciembre de 1962. Vid. Directrices nº 15-17 relativas a las restricciones verticales.

¹⁷² La Comisión diferenció en las anteriores Directrices relativas a las restricciones verticales referentes al R. 2790/1999 entre agencia genuina y agencia no genuina en función de la asunción del riesgo financiero y comercial en la reventa de los productos. Si el agente asume los riesgos de la reventa se le va a considerar agente no genuino. De este modo, a sus pactos con el principal se le podría aplicar el art. 101.1 TFUE en el caso de fuera restrictivo de la competencia. Cuando el agente asume el riesgo derivado de la reventa se le considera un distribuidor. En este sentido, *vid.* STJCE de 1 de octubre de 1987, *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus/ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, as. 311/85, *Rec.* 1987, p. 3801, apartados 17-21. En esta sentencia el TJCE considera que algunos acuerdos de agencia “no genuinos” en los que el agente asume el riesgo económico de la venta pueden estar prohibidos por el art. 85.1 TCEE debido a los efectos anticompetitivos que producen. En cambio, cuando el agente no asume riesgo comercial o financiero es considerado agente genuino y su relación con el principal no infringe el art. 85.1 TCEE al entenderse integrado el agente en la organización empresarial de aquél. Para un mayor detalle *vid.* las Directrices nº 14 a 16 del actual Reglamento de exención de acuerdos verticales 330/2010 donde se señalan los riesgos que debería asumir el agente para ser considerado un empresario independiente. La Directriz nº 20 establece una excepción a lo anterior debido a que recoge que un acuerdo de agencia puede entrar dentro del ámbito de aplicación del art. 101.1 TFUE en el caso de que facilite la colusión, aún cuando el principal asuma todos los riesgos financieros y comerciales.

¹⁷³ Directriz nº 33 relativas a las restricciones verticales.

¹⁷⁴ Directriz nº 35 relativas a las restricciones verticales.

¹⁷⁵ Directriz nº 35 relativas a las restricciones verticales.

- 3) Los acuerdos celebrados por empresas que operan en la economía de plataformas en línea no se pueden considerar acuerdos de agencia genuinos. Estas empresas suelen actuar en el tráfico económico como empresas independientes, prestando servicios a un elevado número de vendedores y llevando a cabo un importante número de inversiones en programas informáticos, publicidad o servicios posventa¹⁷⁶. Por lo tanto, estos acuerdos no quedan excluidos de la aplicación del art. 101.1 TFUE de forma automática y se tendrá que abordar en el caso concreto los efectos que pueden presentar para la competencia y si podrían quedar exentos de prohibición en virtud del Reglamento (UE) 2022/720.

100. Por lo tanto, para concluir, un aspecto que no ha cambiado con respecto al Reglamento 330/2010 son los dos escenarios que se plantean con respecto al contrato de agencia y la aplicación de las normas de competencia:

- 1) *Escenario 1.* En el caso de que el contrato de agencia se puede calificar de genuino en atención a las Directrices no quedará sujeto a lo dispuesto en el art. 101.1 TFUE.
- 2) *Escenario 2.* En el supuesto de que el contrato de agencia no se pueda calificar de genuino quedará sujeto al art. 101.TFUE y si contiene restricciones de competencia podrían quedar exentas de prohibición en atención al Reglamento (UE) 2022/720, ya que se le daría el mismo trato que a cualquier otro acuerdo vertical.

XI. Conclusiones

101. El Reglamento (UE) 2022/720 no ha modificado su estructura ni tampoco ha introducido cambios que hayan dado lugar a que la exención de prohibición por categorías de acuerdos verticales se haya transformado por completo. Aún así, sí que hay cambios, y los mismos afectan a diferentes áreas dentro de la distribución comercial.

102. Uno de los objetivos que persigue el legislador es introducir flexibilidad a la hora de aplicar las normas de competencia con el fin de que los sistemas de distribución puedan ser más eficientes y rentables. Prueba de ello es la posibilidad de que con el nuevo Reglamento sea posible en la distribución exclusiva asignar por territorio o grupo de clientes hasta cinco distribuidores, no como sucedía anteriormente que sólo podía ser asignado en exclusiva un único distribuidor. También prueba de esa flexibilidad es en relación a la excepción de prohibición que se incluye respecto de los precios mínimos anunciados, los cuales se permiten cuando se limitan a un período de tiempo que puede coincidir con el lanzamiento de un producto. El objetivo de esta previsión es que exista una coherencia con la normativa de competencia desleal, en la cual se prohíbe la venta a pérdida, con el fin de evitar vulnerar la imagen de marca. Del mismo modo, mucho más tolerante es la regulación actual en relación a las cláusulas de no competencia. Las cuales son lícitas cuando no tienen una duración superior a cinco años. Sin embargo, el cambio con la regulación actual radica en que una vez llegado al quinto año, las partes pueden renovar dicha cláusula de no competencia de forma tácita, sin necesidad de llevar a cabo un pacto expreso para tal renovación.

En la misma línea, persiguiendo sobre todo que los sistemas de distribución puedan ser rentables en una economía digital como la actual, el legislador introduce por vez primera la posibilidad de precios duales. Es decir, los proveedores pueden fijar con sus distribuidores unos precios de los productos al por mayor diferentes en función de si el producto va a comercializarse *on line* u *off line*. Esto permitiría que el precio que se le exige al distribuidor por esos productos si se venden *on line* sea mayor que si se vende en tienda física, ya que los márgenes con los que cuenta el distribuidor en la venta *on line* son mayores que cuando vende *off line*, en la cual tiene que asumir más costes.

¹⁷⁶ Directriz nº 46 relativas a las restricciones verticales.

103. Sin embargo, también es cierto que junto con esa flexibilidad que señalábamos perseguida por el legislador con esta nueva regulación, también se pretende por éste la aplicación más severa del Derecho de la competencia en determinadas áreas tales como en lo relativo a las restricciones a la venta *on line* a distribuidores autorizados, en relación a las cláusulas de paridad y en la distribución dual. El objetivo en este tipo de materias que señalamos ha sido introducir claridad, ya que esto permite que las normas se puedan aplicar de forma más uniforme por las autoridades de competencia tanto europeas como nacionales.

104. Por último, un aspecto novedoso que no se introducía en la regulación anterior, ha sido en relación a la sostenibilidad. Las normas de competencia actuales valoran que las empresas cumplan con medidas relacionadas con los objetivos de desarrollo sostenible. De este modo, sería posible incluir restricciones en las que el distribuidor se obligar a la compra en exclusiva a un único proveedor durante más de cinco años si con ello se persigue cumplir con objetivos relacionados con la sostenibilidad. Del mismo modo, a un distribuidor que persigue pertenecer a un red de distribución selectiva se le podrían exigir criterios relacionados con la implementación de medidas en su forma de vender o de producir relacionadas con la sostenibilidad.

105. En definitiva, las empresas que realicen en su práctica habitual acuerdos de distribución deberán tener muy presente esta normativa. A pesar de que no introduce cambios transformadores sí que incluye aspectos nuevos que generan riesgos para las compañías que de no cumplirlos pueden acarrearles multas en materia de competencia.

El proceso europeo de escasa cuantía. Luces y sombras de un proceso clave para la reclamación transfronteriza de pequeñas deudas en la Unión Europea*

European Small Claims procedure. Lights and Shadows of a Key Process for Claiming Small Debts in the European Union

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5639-2301

Recibido:15.01.2023 / Aceptado:06.02.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7533

Resumen: Las deudas de escasa cuantía son de las más comunes en la práctica, sin embargo, son las que menos se reclaman judicialmente. El proceso europeo de escasa cuantía persigue fomentar que las deudas transfronterizas, aunque sean pequeñas (desde una perspectiva económica), se reclamen. La posibilidad de cobrar las deudas impagadas implica un aspecto muy positivo desde una perspectiva social, económica y jurídica. Sin embargo, a pesar de que el Reglamento (CE) 861/2007 por el que se instaura el proceso europeo de escasa cuantía no es nuevo, ya que se lleva aplicando desde el 1 de enero de 2009, los resultados que ofrecen los estudios europeos que han analizado su impacto en la reclamación de deudas transfronterizas demuestran que éste ha sido más bien escaso. Uno de los motivos es porque ha sido un instrumento desconocido por sus potenciales usuarios (pequeñas empresas y consumidores) hasta fechas relativamente recientes, pero otro tiene que ver con su propia configuración. Sobre cómo se ha concebido este proceso por el legislador europeo (en la versión inicial y también en las sucesivas modificaciones) y los problemas que plantea en la práctica es sobre lo que va a versar el presente trabajo.

Palabras clave: Deuda transfronteriza, acreedor, deudor, Reglamento europeo de escasa cuantía.

Abstract: Small debts are one of the most common in practice, however, they are the least claimed in court. The European Small Claims Procedure seeks to encourage cross-border debts, even if they are small (from an economic perspective), can be claimed. The possibility of collecting unpaid debts implies a very positive aspect from a social, economic and legal perspective. However, despite the fact that Regulation (EC) 861/2007 establishing the European small claims procedure is not new, since it has been applied since January 1, 2009, the results offered by European studies who have analyzed its impact on cross-border debt claims show that it has been rather scant. One of the reasons is because it has been an unknown tool for its potential users (small businesses and consumers) until relatively recently, but another has to do with its own configuration. About how this process has been conceived by the European legislator (in the initial version and also in the successive modifications) and the problems it raises in practice is what this paper will deal with.

Keywords: Cross-border debt, creditor, debtor, European small claims procedure.

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación 2020/00433/001 EPUC3M10: “Los retos del Derecho internacional privado en tiempos de crisis internacional y medidas laborales ante la Covid 19”, cuya investigadora principal es Esperanza Castellanos Ruiz, del programa de excelencia para el profesorado universitario del convenio plurianual entre la administración de la Comunidad de Madrid y la Universidad Carlos III de Madrid para la regulación del marco de cooperación en el sistema regional de investigación científica e innovación tecnológica 2018-2024.

Sumario: I. El proceso europeo de escasa cuantía: Su origen y sus modificaciones. II. La relación entre el proceso monitorio europeo y el proceso europeo de escasa cuantía. III. Características del proceso europeo de escasa cuantía. IV. El ámbito de aplicación del proceso europeo de escasa cuantía. V. La determinación del tribunal competente para conocer de un proceso europeo de escasa cuantía. 1. La competencia judicial internacional. 2. La competencia objetiva y territorial. VI. El iter procesal en el proceso europeo de escasa cuantía. 1. Presentación de la demanda. 2. PEEC y prueba del Derecho extranjero. 3. La posición del demandado. 4. La decisión del juez en el proceso europeo de escasa cuantía. 5. El pago de las costas procesales en el proceso europeo de escasa cuantía. 6. El recurso y la revisión en el proceso europeo de escasa cuantía. VII. Reconocimiento y ejecución de la sentencia. 1. Aproximación inicial. 2. Criterios a cumplir para la ejecución de la sentencia en un Estado miembro diferente de donde se dictó. 3. Motivos de rechazo de la ejecución. VIII. Reflexiones finales.

I. El proceso europeo de escasa cuantía: Su origen y sus modificaciones

1. Las deudas de escasa cuantía son reclamaciones verdaderamente perjudicadas por el lento funcionamiento de la justicia. Un consumidor o una pequeña empresa prefiere no reclamar una deuda cuya cantidad es pequeña que iniciar un litigio que le va a llevar años y le va a suponer gastar dinero. Si a este escenario se le añade que la reclamación debe ser un Estadodiferente donde se reside, la desincentivación por reclamar aumenta de forma exponencial. Así lo demuestra el Eurobarómetro 347 señalando que el 45% de las empresas no acude a reclamar sus créditos a los tribunales porque el coste es superior a lo que se reclama¹. Para aminorar esa situación y potenciar la reclamación de deudas transfronterizas de escasa cuantía nace el proceso europeo de escasa cuantía. El cual se regula en el *Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía* (en adelante, PEEC)². El origen de esta norma es prácticamente el mismo que el del *Reglamento (CE) N° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo* (en adelante, PME)³ debido a que ambos

¹ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, apartado 8.1 [COM/2013/0795 final de 19 de noviembre de 2013].

² DOUE L 199/1, de 31 de julio de 2007. Sobre este Reglamento en la doctrina *vid. ad ex.* A. BELTRÁN MONTOLIU, *Proceso europeo de escasa cuantía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; ID, “La facilitación del acceso a la justicia en la Unión Europea en litigios transfronterizos de escasa cuantía”, *Unión Europea Aranzadi*, 2009, n. 1, pp. 5-22; A. LEANDRO, “El procedimiento europeo per le controversie di modesta entità”, *RDI*, 2009, pp. 65-93; C. MARINHO, *A Cobrança de Créditos na Europa. Os Processos Europeus de Injunção e Pequenas Causas*, 2012; J. MARTÍ MARTÍ, “La ejecución en España del proceso europeo de escasa cuantía”, *La Ley*, n. 7204 (25 junio 2009); R. MIQUEL SALA, *El proceso europeo de escasa cuantía*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009; B. VIDAL FERNÁNDEZ, “Novedades en el proceso europeo de escasa cuantía”, en *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona, Bosch, 2016, pp. 33-82.

³ DOUE núm. 399, de 30 de diciembre de 2006. Sobre el proceso monitorio europeo sin carácter exhaustivo en la doctrina, *vid.* F. ALBA CLADERA, “Armonización de la técnica monitoria en Europa. El proceso monitorio europeo como punto de partida”, *CDT*, vol. 12, n° 2, pp. 1217-1242; I. ANTÓN JUÁREZ, *Litigación Internacional en la Unión Europea VI. El proceso monitorio europeo*, Aranzadi, Navarra, 2022; J. M. ARIAS RODRÍGUEZ/MJ. CASTÁN PÉREZ, “Breves notas críticas sobre el proceso europeo de escasa cuantía regulado en el Reglamento (CE) 861/07”, *Revista del poder judicial*, 2007, núm. 85, pp. 11-34; A. I. BLANCO GARCÍA, “Las dificultades prácticas de la determinación del tribunal competente en el proceso monitorio europeo”, *CDT*, 2017, pp. 615-622; J. P. CORTES DIEGUEZ, “El proceso europeo de escasa cuantía”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 755, 2008; J. P. CORREA DEL CASSO, *El proceso monitorio europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2008; *Id.*, *El proceso monitorio de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2000; L. DOMÍNGUEZ RUIZ, *Reclamación de Deudas Transfronterizas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “La reforma de los procesos monitorio y de escasa cuantía”, *La Ley Unión Europea*, n° 33, enero 2016, pp. 1-5; A. K. FABIAN, *Die Europäische Mahnverfahrensverordnung im Kontext der Europäisierung des Prozessrechts*, Jena, Jenaer Wiss. Verl.-Ges., 2010; 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, n° 36, 2016; S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el proceso monitorio europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2008; L. GÓMEZ AMIGO, *El proceso monitorio europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2008; *Id.*, “La evolución del proceso monitorio. En particular, su reforma por la ley 42/2015, de 5 de octubre”, *Práctica de tribunales*, Wolters Kluwer, n° 126, 2017, pp. 1-18; M^a. I. GONZÁLEZ CANO, “Aproximación al Reglamento (CE) n.º 1896/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 10, 2007; *Id.*, *Proceso monitorio europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; E. GUINCHARD, ¿Hacia una reforma falsamente técnica del reglamento sobre

procesos se elaboraron en el mismo periodo, siendo también ambos los primeros Reglamentos en crear procedimientos civiles uniformes en el Derecho procesal europeo. Por lo tanto, muchos de los aspectos señalados en relación al origen del PME se pueden aplicar al PEEC, como la Conferencia *Storme*, las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere o el Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo y el proceso europeo de escasa cuantía.

2. Las instituciones europeas sabían que con uniformar las normas de competencia judicial internacional y la eficacia extrajudicial de las resoluciones como ya existía con el Convenio de Bruselas de 1968 (hoy Reglamento Bruselas I *bis*) no podía ser suficiente para conseguir un espacio judicial europeo. De este modo, tanto el RPEEC como el PME supusieron una aportación importante a dicho espacio. A pesar de que son normas con defectos debido en parte a que fueron normas elaboradas de forma un tanto precipitada, también presentan aspectos positivos y dignos de valorar para la tutela del crédito transfronterizo.

3. Sin ánimo de realizar un estudio exhaustivo sobre los antecedentes del RPEE⁴, se puede destacar como punto de partida el Libro Verde sobre PME y el PEEC⁵. En dicho texto se ponen de manifiesto dos aspectos⁶: 1) La dificultad que para empresas y particulares implica la reclamación de deudas de escasa cuantía; 2) La disparidad de procedimientos entre Estados miembros⁷; 3) La necesidad de llevar a cabo una acción legislativa al respecto. Así, una vez recopilada las respuestas a las preguntas y con el objetivo de seguir el plan legislativo marcado, la Comisión Europea adoptó el 15 de marzo de 2005 la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía*⁸. La opinión del CESE sobre la propuesta es favorable pero precisa en su Dictamen la necesidad de cambios de menor calado, como que se modifiquen términos *ad ex*. citar por notificar en el caso del art. 5 de la Propuesta o que se redacte nuevamente el art. 6.1 de la Propuesta⁹. Sin embargo, el CESE apoya la visión de la Comisión de que este Reglamento se aplicara tanto a asunto internos como transfronterizos¹⁰. Aun así, la versión que se aprobó eliminó tal posibilidad, del mismo modo que sucedió

el proceso europeo de escasa cuantía y superficial del proceso monitorio europeo?, *AEDipr*, n° 13, 2013, pp. 279-308; S. GUZZI, "La proposta di regolamento istituyente il procedimento di ingiunzione europea: prime osservazioni", *Diritto del Commercio internazionale*, 2006, pp. 137-156; M. GUZMÁN ZAPATER (Dir), *Lecciones de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 85-90; 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; B. KRESSE, "Das Europäische Mahrverfahren", *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, n°12, 2008; M^a. LÓPEZ DE TEJADA/L. D'AVOUT, "Les non-dits de la procédure européenne d'injonction de payer (règlement (CE) n° 1896/2006 du 12 décembre 2006)", *RCDIP*, 2007, pp. 717-748; F. LÓPEZ SIMÓ/F. GARAU. SOBRINO, *El proceso europeo de escasa cuantía. Comentarios al Reglamento (CE) n° 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007*, Dykinson, Madrid, 2010; M.J. LUNAS DÍAZ, "Aproximación comparada a los Reglamentos de reclamación internacional de deuda: problemas de interacción", en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2020; C. MARINHO, *A Cobrança de Créditos na Europa. Os Processos Europeus de Injunção e Pequenas Causas*, 2012; C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, *Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2020; A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos en la Unión Europea: El Proceso Monitorio Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; J. PICÓ I JUNOY/F. ADÁN DOMÉNECH, *La tutela judicial del crédito. Estudio práctico de los procesos monitorios y cambiarios*, Bosh, Barcelona, 2005; A. RODÉS MATEU, *El proceso monitorio europeo*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021; A. ROMERO GALLARDO, "El nuevo proceso monitorio europeo", *Noticias de la UE*, n.288, 2009, pp. 95-115; C. SANTALÓ, "Bondora: another brick in the proceduralization of the consumers' substantive rights", *CDT*, Vol. 12, n° 2, pp. 1187-1198; 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, n° 2, 2017, pp. 725-736.

⁴ Para un mayor detalle sobre este particular *vid.* A. BELTRÁN MONTOLIU, *Proceso europeo de ...*, pp. 31-38; R. MIQUEL SALA, *El proceso europeo de escasa cuantía*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 23-57;

⁵ En el Libro Verde en relación al PME y al PEEC *vid.* pp. 49-75.

⁶ *Ibidem*, p. 49.

⁷ *Idem*, pp. 52-60.

⁸ COM (2005), 87 final.

⁹ 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 europeo de escasa cuantía>>, de 11 de abril de 2006 [COM] (2005), 87 final].

¹⁰ 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 europeo de escasa cuantía>>, de 11 de abril de 2006 [COM] (2005), 87 final], apartado 4.4.

Muy interesante la visión en contra de la propuesta de la Comisión de R. MIQUEL SALA, *El proceso europeo...*, pp. 54-56,

con el RPME, reduciendo el ámbito de aplicación de ambas normas a los asuntos que el propio texto considera transfronterizos. En el verano de 2007 se aprueba finalmente el *Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía*, el cual comienza a aplicarse el 1 de enero de 2009 (art. 29 RPEEC).

4. Este Reglamento ha sido objeto de evaluación desde que entró en vigor¹¹. También la Comisión Europea lo revisó en el año 2013¹² y como consecuencia de ello planteó cambios en una Propuesta de Reglamento¹³ que posteriormente se convertiría en un texto legal¹⁴. Una de las cuestiones destacadas en las evaluaciones y que la doctrina ha puesto de manifiesto ha sido su poco uso¹⁵ a pesar de la utilidad práctica que presenta. Aunque las críticas que han recaído sobre el RPEEC han sido muchas y variadas¹⁶. Esto básicamente era debido a dos aspectos¹⁷: 1) Los potenciales usuarios que podían usar el Reglamento no lo conocían; 2) Su limitado ámbito de aplicación. De hecho, éste fue uno de los aspectos que se modificó con el R. 2015/2421, así la cuantía que se puede reclamar vía PEEC se amplió de 2.000 a 5.000 euros (art. 2 RPEEC). Pero junto con éste otros cambios a mencionar que introdujo el R. 2015/2421 en el RPEEC fueron los siguientes¹⁸:

- La potenciación del uso de los medios digitales para la presentación de la demanda, contestación, notificaciones, comunicaciones entre las partes y éstas y el tribunal y como vía para el desarrollo del proceso. Los medios digitales se aprecian como una importante oportunidad para dar agilidad al procedimiento, siendo la mejor opción para evitar el desplazamiento de las partes, testigos o peritos. Sin embargo, a diferencia de lo que puede suceder en el PME el cual puede ser un procedimiento completamente virtual, en el caso del PEEC no tiene porque ser así en todo caso, ya que en ocasiones puede ser necesario fijar una vista oral presencial.
- Se refuerza el carácter escrito del procedimiento (art. 8)¹⁹.
- La simplificación y agilización de los criterios de admisión de prueba (art. 9).
- Se impulsa la asistencia de las partes (art. 11). Esta asistencia será gratuita y no será necesario ser beneficiario de la asistencia jurídica gratuita. Los Estados miembros deben garantizar que las partes puedan obtener información sobre el PEEC.

donde señala que de haberse aprobado el PEEC con ese ámbito de aplicación amplio, pudiéndose aplicar tanto a asuntos transfronterizos como internos hubiera provocado un escenario “*incómodo*” debido a que dos procesos, el nacional y el europeo, hubieran competido entre sí. Considerando la autora que la mejor opción fue la que finalmente se aprobó de limitar la aplicación del PEEC a asuntos transfronterizos.

¹¹ Comisión Europea, Dirección General de Justicia, *Assessment of the socio-economic impacts of the policy options for the future of the European Small Claims Regulation* : final report, Publications Office, 2013. Disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/1eeb379b-8ccc-4f00-9dda-04da21f9bf67> (consultado el 30 de mayo de 2022).

¹² Comisión Europea, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía [COM/2013/0795 final de 19 de noviembre de 2013]

¹³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía y el Reglamento (CE) 1896/2006 del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, COM 2013, 794 final de 19 de noviembre de 2013.

¹⁴ *Reglamento 2015/2421 (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 por el que se modifican el reglamento (CE) n° 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el reglamento (CE) n° 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo* (DOUE L 341/1, de 24 de diciembre de 2015).

¹⁵ E. GUINCHARD, ¿Hacia una reforma falsamente técnica del reglamento sobre el proceso europeo de escasa cuantía y superficial del proceso monitorio europeo?, *AEDiPr*, n° 13, 2013, pp. 279-308, en particular, p. 285.

¹⁶ *Ibidem*, p. 286, donde el autor señala que en versiones como la española el art. 4.4 *in fine* recoge el término “desestimar” cuando en realidad debería utilizar el término “inadmitir o rechazar”.

¹⁷ *Vid.*, al respecto A. BELTRÁN MONTOLIU, *Proceso europeo de ...*, p. 38.

¹⁸ A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “La reforma de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía”, *La Ley Unión Europea*, n° 33, enero 2016, pp. 2-4.

¹⁹ Sobre el porqué del carácter escrito de procesos donde se reclaman deudas de escasa cuantía *vid.*, F. GASCÓN INCHAUSTI, “Algunas reflexiones acerca de la oralidad y la prueba en el proceso europeo de escasa cuantía”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 285-308, en particular pp. 286-290.

- Las tasas judiciales no pueden ser desproporcionadas en relación a la cantidad que se reclama (art. 15 *bis*). Tampoco en el Estado miembro de origen se pueden aplicar tasas judiciales superiores a las que se aplican en el proceso nacional de escasa cuantía previsto en el Derecho del foro.
- La notificación electrónica tiene los mismos efectos que la notificación por escrito (art. 13).
- El certificado de la sentencia dictada en PEEC puede expedirse en cualquier lengua oficial de las instituciones de la Unión utilizando el formulario multilingüe disponible en el portal *e-justicia* (art. 20.2).
- La transacción judicial homologada por un órgano jurisdiccional o celebrada ante el mismo en el desarrollo de un PEEC tiene los mismos efectos ejecutivos que una sentencia dictada por un juez en dicho proceso (art. 23 *bis*).

Otro Reglamento que ha modificado el RPEEC ha sido *Reglamento delegado UE 2017/1259 de 19 de junio de 2017 por el que se sustituyen los anexos I, II, III y IV del Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía*²⁰. Este Reglamento modificó los formularios del PEEC introduciendo los cambios en los mismos que había introducido el R. 2015/2421.

La Comisión Europea debe seguir evaluando la aplicación del RPEEC, así debe emitir un nuevo informe sobre el mismo antes de julio de 2022. En particular, la Comisión deberá valorar si es necesario elevar la cuantía máxima de 5.000 euros y si sería necesario incluir las demandas pecuniarias de trabajadores contra sus empleadores reclamando deudas derivadas de retribuciones salariales²¹

II. La relación entre el proceso monitorio europeo y el proceso europeo de escasa cuantía

5. Tanto el proceso monitorio europeo (en adelante, PME) como del proceso europeo de escasa cuantía (en adelante, PEEC) son procesos declarativos²². El demandante puede mediante los mismos ver reconocido su derecho de crédito. También son procesos especiales y plenarios donde en ambos se eliminó el *exequatur*. La especialidad del PME y del PEEC no sólo es en relación a su ámbito de aplicación -en ambos procesos se limita a los asuntos transfronterizos-, también porque la forma en la que se tramitan es especial²³. Una característica de estos procesos que los hace especiales respecto del procedimiento ordinario sería:

- En relación al PME: la inversión del contradictorio.
- En el caso del PEEC: el carácter escrito.

6. Ambos procesos son plenarios debido a que la resolución que se dicta tendría plenos efectos de cosa juzgada. Es decir, un proceso es plenario cuando las partes tienen posibilidad de alegar y probar durante el proceso, obteniendo las partes como resultado una sentencia con efectos de cosa juzgada y sin poder volver a plantear un litigio sobre el mismo objeto. En contraposición, un proceso es sumario cuando las partes tienen limitadas la posibilidad de presentar alegaciones y practicar prueba. En el PEEC no existe tal limitación. Tanto el demandante como el demandado pueden alegar las pretensiones que consideren oportunas. Tampoco la práctica de prueba se encuentra limitada²⁴. El hecho de que se dé preferencia en el PEEC a los medios escritos o telemáticos no significa que la práctica de la prueba se limite. Por lo tanto, los efectos de la resolución que se dicte en atención a un PEEC tendrá efectos de cosa juzgada.

²⁰ DOUE L 182/1 de 13 de julio de 2017.

²¹ A. BELTRÁN MONTOLIU, *Proceso europeo de ...*, p. 38.

²² *Vid.*, L. DOMÍNGUEZ RUIZ, *Reclamación de deudas...*, p. 159.

²³ *Ibidem*, p. 160.

²⁴ F.GASCÓN INCHAUSTI, "Artículo 15. Fuerza ejecutiva de la sentencia", en F. LÓPEZ SIMÓ/F. GARAU SOBRINO, *El proceso europeo de escasa cuantía. Comentarios al Reglamento (CE) n° 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 11 de julio de 2007, Dykinson, Madrid, 2007, p. 235.

7. Por lo tanto, aunque el PME y el PEEC guardan cierta relación tienen importantes diferencias y una de ellas es su ámbito de aplicación. Mientras que el PME se puede utilizar para la reclamación de créditos no impugnados, el PEEC se puede aplicar a todo tipo de crédito, ya sea impugnado o no, reclamaciones pecuniarias y no pecuniarias. Además, como su propio nombre indica, la cuantía del crédito que se puede reclamar mediante el PEEC está limitada a 5.000 euros. Limitación que no existe en el PME. Un aspecto a tener presente y en el que interaccionan ambos reglamentos es en el art. 17 RPME, el cual fue modificado de su versión inicial²⁵, y permite que si el demandado se opone y la reclamación cae dentro del ámbito de aplicación del RPEEC la deuda pasaría a dirimirse directamente vía proceso europeo de escasa cuantía.

III. Características del proceso europeo de escasa cuantía

8. El proceso europeo de escasa cuantía tiene como razón de ser agilizar la reclamación de deudas de escasa cuantía en litigios transfronterizos. Su fin principal no es proteger al consumidor ni a la pequeña empresa. El objetivo es llegar a un procedimiento uniforme que haga más sencilla una reclamación de deuda de poco montante. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, aunque lo anterior es cierto y ésta es una de las finalidades del Reglamento, no sólo se puede utilizar para reclamar créditos de escasa cuantía. Es decir, vía PEEC se pueden reclamar, como posteriormente veremos al analizar su ámbito de aplicación, demandas pecuniarias y no pecuniarias. Por lo tanto, no podemos en todo caso hacer el símil de <<escasa cuantía>> con <<cuestión jurídica simple>>²⁶. Hay asuntos transfronterizos que podrían clasificarse como de escasa cuantía por el montante del litigio pero que jurídicamente son complejos de resolver y su tramitación y resolución por el tribunal no es sencilla²⁷. Por lo tanto, debe ser el demandante, en este caso consideramos que, asesorado por un profesional del Derecho, el que deba decidir, si acudir al PEEC o a otro tipo de procedimiento a su disposición. Y para tomar decisión será clave conocer las características más importantes de uno y otro proceso, en el caso del PEEC consideramos necesario destacar cinco aspectos²⁸:

- 1) *Reclamación de deudas transfronterizas en materia civil y mercantil.* Las deudas que se pueden reclamar mediante este proceso uniforme europeo son deudas tanto pecuniarias como no pecuniarias²⁹ de naturaleza civil y mercantil que no excedan de 5.000 euros³⁰. En dicha cantidad no se tendría que incluir ni gastos, ni costas procesales ni intereses. Los créditos que se pueden reclamar vía PEEC son tanto impugnados como no impugnados.
- 2) *EL RPEEC no hace alusión a las normas de competencia judicial internacional aplicables.* En el momento en el que se gestó el PEEC hubo varias propuestas para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales en el PEEC. Algunas de ellas consistían en determinar la competencia en atención al domicilio del consumidor o modificar el los foros del Reglamento Bruselas I³¹. Ninguna de esas propuestas fueron aceptadas y se optó por no señalar nada al respecto. Sin embargo, al mismo tiempo el legislador hacía coincidir el ámbito de aplicación del RPEEC con el del Reglamento Bruselas I. El resultado es que para determinar el tribunal competente internacionalmente para conocer de un PEEC se debe acudir a los foros del actual Reglamento Bruselas I (hoy Reglamento Bruselas I *bis*) y en lo no previsto por la LEC (Disposición Final 24ª apartado 1º LEC).

²⁵ Modificación que tuvo lugar debido al *Reglamento 2015/2421 (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 por el que se modifican el reglamento (CE) n° 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el reglamento (CE) n° 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo* (DOUE L 341/1, de 24 de diciembre de 2015).

²⁶ A. BELTRÁN MONTOLIU, *Proceso europeo de...*, p. 52.

²⁷ F. GASCÓN INCHAUSTI, "Algunas reflexiones acerca de la oralidad y la prueba en el proceso europeo de escasa cuantía", *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 289-290.

²⁸ *Vid.*, A. BELTRÁN MONTOLIU, *Proceso europeo de escasa cuantía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 45-47.

²⁹ Esto es una diferencia con el PME.

³⁰ La cuantía que se podía reclamar con anterioridad al *Reglamento UE n° 2015/2421* era de 2.000 euros, el art. 1 del citado Reglamento incrementó la cuantía a 5.000 euros.

³¹ *Vid.* R. MIQUEL SALA, *El proceso europeo de...*, p. 82.

- 3) *Proceso ágil, rápido y por escrito*. El PEEC es un proceso que se concibe en principio sin vista oral³² (art. 5.1 RPEEC) y se basa en formularios multilingües³³ estandarizados de uso no obligatorio. El proceso comienza cuando el demandante remite al órgano jurisdiccional que considera que es competente el formulario A recogido en el Anexo I del Reglamento (art. 4 RPEEC). Para ello ni para ningún trámite dentro el PEEC se necesita postulación procesal, las partes pueden intervenir por sí mismas (art. 10). El órgano jurisdiccional en catorce días desde la recepción debe cumplimentar su parte del formulario C relativo a la contestación y remitírselo al demandado (art. 5.2 RPEEC). Éste dispone de treinta días para cumplimentar el formulario C y remitírselo al órgano jurisdiccional (art. 5.3 RPEEC). El mismo deberá informar al demandante de la respuesta del demandado y resolver en un plazo de treinta días tras recibir el escrito de contestación por parte del demandado. La resolución del juez podría ser (art. 7 RPEEC): 1) resolver, dicta sentencia sobre la demanda de escasa cuantía; 2) continuar con el procedimiento, bien solicitando más información a las partes o citando a las mismas para una vista oral.
- 4) *Proceso alternativo y complementario*. El PEEC al igual que sucede con el PME o la orden europea de retención de cuentas es una opción más con la que cuenta el acreedor. Su uso no es obligatorio y convive con otros instrumentos semejantes recogidos en el Derecho nacional. Los aspectos no regulados por el RPEEC se deberán suplir con la *lex fori*. En el caso del ordenamiento español, se aplicaría lo dispuesto para el juicio verbal (arts. 437-447 LEC).
- 5) *No necesidad de exequatur*. La resolución que se dicte en base a este procedimiento puede desplegar efectos en un Estado miembro diferente de donde se dicta sin necesidad de que supere ni un procedimiento de reconocimiento ni de *exequatur* (art. 1 RPEEC).

Un ejemplo La empresa Costu S.L es una pequeña empresa española con sede en Marbella. Esta empresa tiene como cliente a la empresa Frida Milano, empresa muy conocida que diseña, confecciona y vende vestidos de novia por todo el mundo. Costu lleva confeccionando muchos años encaje para velos y vestidos de novia. La relación ha ido bien hasta que, a raíz de la crisis económica por la pandemia del coronavirus, Frida Milano no abona un encargo a Costu por valor de 4.000 euros. La empresa italiana no reconoce la deuda y considera que ya la ha pagado. Costu se plantea reclamar la deuda mediante un PEEC. La solución sería la siguiente: Costu podría iniciar un PEEC contra la empresa italiana pero para ello deberá tener en cuenta el tribunal internacionalmente competente en virtud del Reglamento Bruselas I *bis*. También podría recurrir a un proceso ordinario en el Estado miembro que decida litigar, ya que el PEEC es una opción más con la que cuenta el acreedor. Sin embargo, no se podría plantear la reclamación vía PME debido a que no es un crédito no impugnado. Frida Milano considera que no debe nada. El PEEC sería una buena opción debido a que la sentencia que dicten los tribunales podrá ser reconocida en otro Estado miembro sin necesidad de *exequatur*.

IV. Ámbito de aplicación del Reglamento sobre proceso europeo de escasa cuantía

9. La aplicación de PEEC será posible cuando se cumpla su ámbito de aplicación. El mismo se compone de ámbito de aplicación temporal, espacial, material y personal.

10. En relación al ámbito temporal del RPEEC hace referencia a su entrada en vigor y al momento temporal desde que se aplica. El Reglamento entró en vigor el día después a su aplicación el DOUE, siendo aplicable desde el 1 de enero de 2009 (art. 29).

³² Las partes podrían solicitarlo o el juez podría citar a las partes para una vista oral si así lo considera oportuno (art. 5.1 RPEEC).

³³ Los formularios del PEEC fueron modificados por el Reglamento delegado UE 2017/1259 de 19 de junio de 2017 por el que se sustituyen los anexos I, II, III y IV del Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (DOUE L 182/1 de 13 de julio de 2017).

11. Respecto al ámbito espacial, el RPEEC se aplica por todas las autoridades de los Estados miembros participante en el mismo. Dichos Estados que participan son todos los Estados miembros con excepción de Dinamarca (art. 2.3 RPEEC).

12. El ámbito material del RPEEC se compone de tres elementos a valorar. Estos serían: 1) El objeto de la reclamación; 2) El límite de la cuantía que se reclama.

13. El *objeto de la reclamación* en un PEEC podría ser toda demanda dineraria o no en materia civil y mercantil³⁴. Éste es un aspecto que diferencia al PEEC del PME, ya que en este último sólo pueden reclamarse deudas pecuniarias. Por lo tanto, es posible vía PEEC reclamar tutela declarativa o constitutiva. Así, se podría solicitar obligaciones de hacer (la entrega de un bien o la conservación de una propiedad) o de no hacer (que se paralice una construcción). El demandante debe estimar el valor de la demanda y éste no podría superar los 5.000 euros³⁵. En el caso de que no sea posible estimar el valor de la demanda, el demandante no puede acudir al PEEC. En ese caso debería acudir a otro procedimiento, en el supuesto del Derecho procesal español, el demandante podría acudir en atención al art. 253.3 LEC al juicio ordinario³⁶.

Como se señalaba, la naturaleza objeto de la reclamación debe ser “civil y mercantil” y no tratarse de una materia excluida por el art. 2.2 RPEEC. El significado de “materia civil y mercantil” es autónomo y propio en atención a la finalidad, objetivos y sistema del RPEEC. Su definición e interpretación no debe ser conforme a la *lex fori*. Como ya estudiamos en el caso del RPME, el concepto de “materia civil y mercantil” es un concepto europeo que va en la misma línea que lo establecido para el Reglamento Bruselas I *bis*³⁷ y para el PME. De este modo, se podrá reclamar mediante el PEEC toda deuda que se derive de una relación entre particulares o entre particulares y un Estado sin potestad de *imperium* de la que nazcan obligaciones de naturaleza privada.

En relación al *límite de la cuantía de la demanda*, las deudas que se pueden reclamar vía PEEC no pueden superar los 5.000 euros. No hay que olvidar que este aspecto se modificó en atención al R. 2015/2421 y la cuantía máxima en un primer momento era de 2.000 euros³⁸. Éste fue un aspecto discutido a la hora de elaborar el Reglamento debido a la falta de consenso sobre qué debería entenderse sobre una reclamación de escasa cuantía. La Comisión Europea, en la propuesta que realizó en 2013 sobre los cambios que debían realizarse en el PEEC y el PME³⁹, señalaba que la cuantía en el PEEC debía elevarse a 10.000 euros. Los motivos eran ampliar su ámbito de aplicación y que pudiera utilizarse de forma más habitual por las pequeñas y medianas empresas, a las cuales el límite de 2.000 euros establecido en su origen les hacía que el PEEC les resultara de muy poca utilidad. La realidad es que de este incremento de la cuantía no sólo se beneficiarían las PYMES, la Comisión señalaba que a los consumidores también les afectaría positivamente aumentar el límite debido a que una quinta parte de sus demandas son superiores a 2.000 euros⁴⁰. En definitiva, estamos de acuerdo con la Comisión en que ampliar el umbral (todavía más al que existe en la actualidad) implicaría que el PEEC se pudiera utilizar en más asuntos,

³⁴ Vid., F. GASCÓN INCHAUSTI, “Algunas reflexiones acerca de la oralidad y la prueba en el proceso europeo de escasa cuantía”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, p. 294; M. VARGAS URRUTIA, “Art. 2: Ámbito de aplicación”, en F.LÓPEZ SIMÓ/F.GARAU SOBRINO (Coords.), *El proceso europeo de escasa cuantía. Comentarios al Reglamento (CE) n° 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 11 de julio de 2007, Dykinson, Madrid, 2007, p. 69.

³⁵ Guía práctica para la aplicación del proceso europeo de escasa cuantía, p. 18.

³⁶ A. BELTRÁN MONTOLIU, *Proceso europeo de...*, p. 53.

³⁷ *Per alia* STJUE 3 junio 2021, C-280/20, *ZN vs. Generalno konsultstvo na Republika Bulgaria v grad Valensia, Kralstvo Ispania*, ECLI:EU:C:2021:443, apartado 25.

³⁸ Límite que fue criticado, y con razón, por la doctrina, *vid.* al respecto, J.P.CORTÉS DIÉGUEZ, “El proceso europeo de escasa cuantía”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2008, p. 12; R. MIQUEL SALA, *El proceso europeo de...*, p. 65.

³⁹ *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía y el Reglamento (CE) 1896/2006 del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo*, apartado 3.1.1.

⁴⁰ *Ibidem*, apartado 3.1.1.

lo que supondría una reducción de costas y de tiempo, ya que los ciudadanos en lugar de acudir a un proceso ordinario acudirían al PEEC.+

La prueba de que no existe un consenso sobre qué es una reclamación de escasa cuantía es que dicho límite varía considerablemente en los procesos nacionales de unos Estados miembros a otros. Y la verdad es que no es una cuestión sencilla debido a que intervienen distintos factores para tal consideración. Uno de ellos es el diferente nivel de vida entre los Estados miembros. *Ad ex.*, en países como Luxemburgo, su Derecho procesal considera *small claims* todas aquellas reclamaciones que no superen los 10.000 euros. Sin embargo, no siempre esa consideración de reclamación de escasa cuantía está ligada con el nivel de renta *per capita* de un país, ya que en países como Alemania el límite es 600 euros⁴¹. En el caso de España, el límite de cuantía para el juicio verbal es de 6.000 euros (art. 250.2 LEC). Pero a pesar de que no existe una visión compartida, sí que se podría afirmar que la tendencia de los Derechos nacionales ha sido la de ir incrementando la cuantía en estos últimos años. De hecho, hay autores que señalan que se debería incrementar la cuantía incluso hasta los 20.000 euros⁴².

Un aspecto que debe tener presente el demandante es que ese límite de la cuantía debe determinarse. Así, el propio RPEEC en su art. 2.1 señala que, el valor de la demanda se calcula excluyendo los intereses, gastos y costas y que el momento temporal a tener en cuenta para calcular ese valor es la fecha en la que el órgano jurisdiccional recibe la demanda. No obstante, a pesar de que se excluyen intereses, gastos y costas para valorar la cuantía de la demanda, los mismos se pueden reclamar en el proceso y el juez los puede adjudicar cuando resuelva el asunto⁴³. El RPEEC no precisa nada más al respecto, por lo que al no existir unos criterios uniformes, será el Derecho procesal de cada Estado miembro el que determina cómo determinar la cuantía. Hay autores que han considerado que esta falta de un criterio común en el RPEEC para determinar la cuantía podría fomentar el *forum shopping*⁴⁴. Otra cuestión que cabe plantearse es si mediante el PEEC se podría reclamar una deuda que se compone exclusivamente de intereses de una deuda anterior ya saldada. La respuesta es sí, esta exclusión del art. 2.1 no afectaría⁴⁵.

Por último, hay que tener en cuenta que hay determinadas materias excluidas de forma expresa en el art. 2.2 RPEEC⁴⁶. Así, no se podría reclamar vía PEEC una deuda derivada de una relación laboral ni tampoco una deuda de alimentos ni una deuda derivada de violaciones del derecho a la intimidad y otros derechos de la personalidad⁴⁷. En relación a las reclamaciones alimenticias podría tener sentido su exclusión debido a que existe un Reglamento específico para reclamar el pago de alimentos en asuntos transfronterizos, el *Reglamento 4/2009*⁴⁸. Respecto al material laboral, el motivo de la exclusión podría derivarse de que el PEEC por el tipo de procedimiento no brindaría protección suficiente al trabajador.

⁴¹ Libro Verde sobre PME y PEEC, p. 53.

⁴² M.J. LUNAS DÍAZ, "Aproximación comparada a los Reglamentos de reclamación internacional de deuda: problemas de interacción", en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 289

⁴³ Considerando 10 RPEEC. Al respecto *vid.*, L. DOMÍNGUEZ RUIZ, *Reclamación de Deudas...*, p. 145.

⁴⁴ R. MIQUEL SALA, *El proceso europeo de...*, p. 65.

⁴⁵ *Vid.* al respecto, A. BELTRÁN MONTOLIU, *Proceso europeo de...*, p. 52.

⁴⁶ Las materias excluidas que se señalan en art. 2.2 RPME son:

- a) el estado y la capacidad jurídica de las personas físicas;
- b) los derechos de propiedad derivados de los regímenes matrimoniales, obligaciones de alimentos, testamentos y sucesiones;
- c) la quiebra, los procedimientos de liquidación de empresas o de otras personas jurídicas insolventes, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos;
- d) la seguridad social;
- e) el arbitraje;
- f) el derecho laboral;
- g) los arrendamientos de bienes inmuebles, excepto las acciones sobre derechos pecuniarios, o
- h) las violaciones del derecho a la intimidad y de otros derechos de la personalidad, incluida la difamación.

⁴⁷ En contra de estas exclusiones M.J. LUNAS DÍAZ, "Aproximación comparada a ...", p. 288.

⁴⁸ *Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos* (DOUE Núm. 7, de 10 de enero de 2009). Sobre este Reglamento sin carácter exhaustivo *vid.* E. Castellanos Ruiz, *Derecho de alimentos. Aspectos internacionales y transfronterizos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

14. Respecto al ámbito personal, cómo el RPEEC define asunto transfronterizo es importante, debido a que el proceso europeo de escasa cuantía se limita a asuntos transfronterizos. El art. 3 RPEEC señala un asunto transfronterizo es aquel en el que al menos una de las partes tiene su domicilio o residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel que conoce de la demanda. Por lo tanto, si ambas partes tienen su domicilio en el mismo Estado miembro a pesar de que existan elementos extranjeros en la relación, el asunto no se va a considerar transfronterizo en atención al RPEEC⁴⁹.

El momento temporal para determinar si un asunto es transfronterizo es a fecha de la recepción de la demanda por parte del órgano jurisdiccional. Por lo tanto, el único elemento relevante para considerar que el asunto es transfronterizo es que el domicilio de al menos una de las partes se encuentre al momento de interponer la demanda en un Estado diferente al Estado que va a conocer del asunto. Así, si ambas partes tienen su domicilio en el mismo Estado, pero la ejecución propiamente dicha se debe realizar en otro Estado porque es el lugar donde hay bienes, no se va a considerar en ningún caso que dicho asunto es transfronterizo en atención al art. 3 RPEEC.

Esta definición implica diferentes escenarios en los que se podría recurrir al PEEC atención a dónde se encuentre el domicilio de las partes:

- 1) Demandante domiciliado en el mismo Estado del foro y demandado domiciliado en un Estado miembro diferente.
- 2) Demandante domiciliado en un Estado diferente al del foro y el demandado se encuentra domiciliado en el mismo Estado del foro.
- 3) Demandante domiciliado en un Estado miembro diferente al del foro y el demandado tiene su domicilio en un tercer Estado.
- 4) Demandante domiciliado en un tercer Estado y demandado domiciliado en un Estado miembro diferente al que conoce de la demanda.

Un ejemplo práctico para ilustrar lo anterior podría ser el siguiente: el señor Pérez con residencia habitual en Valladolid es un pequeño empresario del sector vinícola. Actualmente gran parte de su producción se exporta a EE.UU. Hace pocos meses vendió una partida de 100 botellas de vino a la Sra. Smith con domicilio en Tampa (Florida). El pago de la transacción no llegó a efectuarse. Esto hace que el señor Pérez adeude 5.500 euros contra esta señora. Se plantea utilizar el PEEC para reclamar la deuda. **Solución:** El señor Pérez no puede reclamar esta deuda ante tribunales españoles en virtud del PEEC. La razón es que a pesar de que el asunto presenta elementos extranjeros no se considera transfronterizo en atención al art. 3.1 RPEEC. Ninguna de las partes tendría su domicilio en un Estado diferente al que conoce del asunto.

Otro ejemplo en relación al ámbito material del Reglamento sería éste: la empresa *Jamonix* con sede en Extremadura ha vendido 15 jamones ibéricos de bellota a la empresa portuguesa *Making Future* con sede en Lisboa las pasadas Navidades. La empresa lusa no está nada satisfecha con la calidad de los productos y quiere que la empresa extremeña le devuelva el importe de la compra, la cual asciende a 4.500 euros. *Jamonix* se niega y la empresa portuguesa considera que la forma más rápida de solucionar la controversia es recurriendo a un PEEC ante tribunales españoles. **Solución** → *Making Future* tiene razón, el PEEC podría ser una buena opción para dirimir la controversia, ya que es un proceso más ágil y menos costoso que un proceso ordinario. Pero para ello, la empresa portuguesa deberá tener presente el ámbito de aplicación del Reglamento. El ámbito temporal y espacial se cumpliría sin problema. Se trata de una reclamación efectuada en el año 2022, la entrada en vigor del RPEEC fue en el año 2007. El tribunal que aplicaría el Reglamento sería un tribunal de un Estado miembro. El RPEEC se aplica en todos los Estados miembros de la UE con excepción de Dinamarca. En relación al ámbito material, se trataría de una reclamación incluida dentro la noción “materia civil y mercantil” y la cuantía sin contar intereses, costas ni gastos no excede de los 5.000 euros que señala el art. 2.1 RPEEC. Por último, en relación al ámbito personal, es necesario atender a si el asunto tiene carácter transfronterizo. La respuesta sería sí, si la demanda se interpone en España, en el lugar del domicilio del demandado, el demandante

⁴⁹ Vid. Auto Juzgado de lo Mercantil Barcelona 9 marzo 2022, nº 126/2022, ECLI:ES:JMB:2022:689, FD 2º.

tiene su sede social en Lisboa, por lo que el criterio del art. 3.1 RPEEC se cumpliría, al menos una de las partes tiene su domicilio en un Estado miembro diferente al del tribunal que conoce del asunto.

15. La sentencia de 22 de noviembre de 2018 es la primera que dictó el TJUE sobre el PEEC y está íntimamente relacionada con el término que analizamos⁵⁰. Los problemas jurídicos que se plantean en esta resolución son en relación a la interpretación del art. 3 RPEEC en relación a dos aspectos:

- 1) *La extensión del término “partes”*. Sobre este particular se le preguntaba al TJUE si una “parte coadyuvante”, es decir, una parte que no es demandante ni demandado pero que comparece en el proceso en apoyo a las pretensiones de una de las partes, puede ser considerada “parte” en el sentido del art. 3 RPEEC. El TJUE considera que tal duda es posible debido a que en el RPEEC no existe definición alguna sobre el término “partes” ni tampoco el Reglamento remite a la *lex fori*. En ese caso, como el tribunal europeo ha sostenido en innumerables ocasiones es necesario llevar a cabo una interpretación autónoma del término⁵¹. Para el TJUE el término “partes” hace alusión exclusivamente al demandante y al demandado, no pudiendo incluir a ninguna persona más⁵². El razonamiento que permite al TJUE llegar a esa conclusión descansa en dos aspectos: a) el RPEEC sólo atañe a los derechos y obligaciones del demandante y del demandado. Así mismo se puede apreciar en los formularios anexos al Reglamento donde no se ha destinado ningún apartado para hacer mención a otras personas relacionadas con el litigio⁵³; 2) el RPEEC no contempla la comparecencia de terceras personas en el proceso. De incluirse en el término “partes” también a terceros, el PEEC perdería su esencia, su finalidad, la cual es ser un proceso rápido, ágil y barato.
- 2) *La delimitación del término “litigio transfronterizo”*. El TJUE debe solucionar en la misma resolución si se puede entender por transfronterizo en atención al art. 3.1 RPEEC un litigio en el cual demandante y demandado tienen sus domicilios en el mismo Estado miembro y el cual coincide con el Estado que conoce del PEEC. El TJUE aclara al igual que ha considerado en atención al PME que estos reglamentos se aplican únicamente en asuntos transfronterizos⁵⁴. Los cuales serían aquellos en los que bien el demandante o el demandado están domiciliados o tienen su residencia habitual en un Estado miembro diferente de aquel al que pertenece el órgano jurisdiccional que conoce del asunto⁵⁵. Por lo tanto, en este asunto concreto sobre el que debe resolver donde demandante y demandado estaban domiciliadas en el mismo Estado al que pertenece el juez que conoce del fondo del asunto, la respuesta es no. No se trataría de un asunto transfronterizo en atención al art. 3.1 RPEEC y por lo tanto no encajaría dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento⁵⁶.

16. Esta segunda cuestión prejudicial de la sentencia objeto de análisis nos invita a reflexionar sobre el concepto de “asunto transfronterizo” que el legislador europeo ha establecido de forma idéntica tanto en el PME como el PEEC. Este concepto es importante debido a que condiciona el ámbito de aplicación de ambos Reglamentos y ha tenido impacto en su configuración. Como ya hemos señalado, en el Libro Verde de la Comisión Europeo sobre el PME y el PEEC se establecía que dichos procesos no se tendrían que limitar únicamente a asuntos transfronterizos. Algunos Estados miembros se opusieron con gran fuerza debido a que esto tenía un calado importante en el Derecho nacional. Esto de haberse regulado de tal modo hubiera implicado que estos procesos no fueran ni complementarios ni voluntarios (tal y como son actualmente), por lo que sustituirían a los procesos monitorios y de escasa cuantía nacionales. El impacto del poder del legislador europeo en la regulación del Derecho procesal nacional

⁵⁰ STJUE de 22 de noviembre de 2018, C-627/17, *ZSE Energia*, ECLI:EU:C:2018:941.

⁵¹ *Ibidem*, apartado 22.

⁵² *Idem*, apartado 30.

⁵³ *Idem*, apartado 26.

⁵⁴ STJUE de 22 de noviembre de 2018, C-627/17, *ZSE Energia*, ECLI:EU:C:2018:941, apartado 32.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Idem*, apartado 33.

hubiera sido sin duda mucho mayor y según señalan determinados autores legalmente no era posible debido a que las instituciones europeas carecían de competencia para regular el proceso civil interno⁵⁷.

17. Por otro lado, la segunda consideración en relación a cómo se concibe el término “asunto transfronterizo” es que no del todo acertada. A nuestro juicio, ni está bien redactada ni es precisa. Las intenciones del legislador europeo eran buenas y no eran otras que enmarcar este tipo de procesos uniformes europeos a asuntos conectados con la UE. Sin embargo, se podría haber redactado de otro modo menos confuso, haciendo alusión simplemente a que las partes tienen que estar domiciliados en diferentes Estados miembros o permitiendo que se considere transfronterizo el asunto en atención al lugar del patrimonio ejecutable, aunque las partes estén domiciliadas en el mismo Estado que el órgano jurisdiccional que conoce del fondo del asunto⁵⁸.

18. Siguiendo con la falta de precisión, el art. 3.1 no especifica cómo se debería concebir el término “asunto transfronterizo” cuando existen pluralidad de partes. Es decir, el supuesto en el que solicitan el PEEC varios demandantes o el proceso se incoa contra varios demandados. Hay doctrina que ha considerado que sería suficiente con que sólo una de las partes tuviera su domicilio en un Estado miembro diferente al del órgano jurisdiccional que conoce del asunto para considerar que se está ante un asunto transfronterizo en atención al art. 3.1 PEEC⁵⁹. Desde nuestro punto de vista, consideramos que es acertada esta visión ya que de otro modo el ámbito de aplicación del PEEC se restringiría aún más.

19. Por último, en relación al ámbito personal, el art. 3.2 precisa que el domicilio de las partes se determinará en atención a lo dispuesto en los arts. 62 y 63 del Reglamento Bruselas I *bis*. Aunque este particular será desarrollado posteriormente en el presente trabajo simplemente señalar que es necesario diferenciar entre personas físicas y jurídicas. El Reglamento Bruselas I *bis*, sólo establece el domicilio de estas últimas. De este modo, una persona jurídica va a estar domiciliada en un Estado miembro cuando bien tenga su sede estatutaria, su administración central o sus actividades principales las realice en un Estado miembro⁶⁰. El concepto de domicilio de las personas físicas es una cuestión debatida en Derecho internacional privado europeo debido a que el legislador no ha definido el concepto en ninguno de los Reglamentos que existen en la materia⁶¹. En particular, en relación al 62 del Reglamento Bruselas I *bis*, el precepto lleva a determinar el domicilio de las personas físicas a la *lex fori*. Es decir, a la Ley del tribunal que conoce del asunto. Si esa persona física no tuviera su domicilio conforme al Derecho del foro, el tribunal debería aplicar el Derecho nacional del Estado en el que cree que pudiera estar domiciliada. En el caso del ordenamiento jurídico español, para determinar el domicilio de una persona física es necesario acudir al art. 40 CC. Una persona física tendrá su domicilio civil para el ordenamiento jurídico español cuando resida habitualmente en España. Es decir, cuando tenga su presencia física en España y además tenga intención de permanecer.

V. La determinación del tribunal competente para conocer de un proceso europeo de escasa cuantía

1. La competencia judicial internacional

20. El RPEEC no recoge una norma específica donde señale el instrumento legal aplicable para determinar la competencia judicial internacional como sí hace el RPME en su art. 6.1. A nuestro juicio es un error y debería haberse precisado en el propio texto del Reglamento. La razón es que ayudaría a los ciu-

⁵⁷ R. MIQUEL SALA, *El proceso europeo de...*, p. 68.

⁵⁸ *Vid.* al respecto, R. MIQUEL SALA, *El proceso europeo de...*, p. 69.

⁵⁹ A. BELTRÁN MONTOLIU, *Proceso europeo de...*, p. 62.

⁶⁰ Para un mayor detalle *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho...*, pp.1244-1251.

⁶¹ La doctrina ha debatido sobre la necesidad de que el legislador defina el término residencia habitual, *vid ad ex.*, B. HESS, “Towards a Uniform Concept of Habitual Residence in European Procedural And Private International Law?”, *Polski Proces Cywilny*, 4/2021, pp. 523-542.

dadanos que se plantean iniciar un PEEC en la determinación del tribunal competente. Sin embargo, tampoco es una omisión grave debido a que en el Formulario A que se debe utilizar para presentar la demanda se hace referencia al Reglamento Bruselas I *bis*⁶² junto con diferentes supuestos no *numerus clausus* en los que se podría basar la competencia judicial internacional. También en el propio formulario se recogen links a sitios webs que podrían ayudar al demandante respecto a la determinación del tribunal competente. Aun así, ésta es una de las cuestiones más importantes que el demandante debe dilucidar antes de presentar la demanda pero también es una de las más compleja. Por eso consideramos que sin asesoramiento de un profesional del derecho puede llegar a ser difícil para el demandante determinar la competencia judicial internacional cuando el foro de competencia sea diferente al del domicilio del demandado.

21. En relación a los foros del Reglamento Bruselas I *bis* que se deben tener presente señalar que son los mismos que se estudiaron en relación al proceso monitorio europeo. Por lo tanto, todo lo explicado en esa parte de la monografía puede ser aplicado al PEEC. No obstante, hay dos diferencias entre el PEEC y el PME en relación a la competencia judicial internacional:

- 1) El RPEEC no recoge un foro específico en materia de consumidores como sí hace el art. 6.2 RPME. Por lo tanto, en el caso contratos celebrados con consumidores serían de aplicación los arts. 17 a 19 del Reglamento Bruselas I *bis*.
- 2) El foro de sumisión tácita (art. 26 Reglamento Bruselas I *bis*) sí es posible aplicarlo para determinar la competencia judicial internacional en el caso del PEEC a diferencia de lo que sucede con el PME⁶³. Sin embargo, hay doctrina que lo desaconseja debido a que podría implicar una dilación del proceso de reclamación de deuda⁶⁴. Desde nuestro punto de vista, es una opción arriesgada que se debe basar en una estrategia procesal meditada. Si el acreedor interpone una demanda ante un tribunal que sabe que no ostenta competencia judicial internacional y que el único foro posible podría ser la sumisión tácita, tiene que ser consciente de que si el deudor impugna la competencia no va a existir foro en virtud del art. 26 Reglamento Bruselas I *bis* y va a tener que acudir a otro Estado a reclamar el crédito. Esto como es lógico aumentaría los costes de la reclamación de la deuda.

Un ejemplo para ilustrar lo anterior podría ser el siguiente: la empresa *Ilustry* con sede en Valencia se dedica a pintar obras de pintores famosos por encargo. La empresa española tiene desde hace años como cliente a una empresa belga con sede en Brujas. Esta empresa encarga de 10 a 15 cuadros todos los años a *Ilustry*. Ambas empresas siempre han trabajado bien hasta que recientemente la empresa belga no paga el último encargo, el cual asciende a 3.000 euros. *Ilustry* ha intentado cobrar durante varios meses, sin embargo, la empresa belga considera que ya pagó por el último cuadro. *Ilustry* no quiere dejar de reclamar la deuda a pesar de la escasa cuantía y considera que una opción sería acudir a un PEEC lo que no sabe es qué tribunales podrían ostentar competencia judicial internacional. La solución podría ser la siguiente: *Ilustry* debe acudir a un Reglamento europeo diferente al RPEEC para determinar los tribunales que internacionalmente serían competentes. Esta norma es el Reglamento Bruselas I *bis* y en este caso en particular los foros que podrían otorgar competencia serían: 1) *El foro del domicilio del demandado* (art. 4 Reglamento Bruselas I *bis*) a favor de los tribunales belgas; 2) *El foro de la sumisión expresa* (art. 25 Reglamento Bruselas I *bis*) debido a que existe un pacto de elección de foro a favor de tribunales franceses en el contrato celebrado entre las partes; 3) *El foro de sumisión tácita* (art.26 Reglamento Bruselas I *bis*) en el supuesto de que la empresa española se decida a iniciar el PEEC ante tribunales españoles y el demandado conteste sin impugnar la competencia.

⁶² Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351/1, de 20 de diciembre de 2012).

⁶³ Vid. L. DOMÍNGUEZ RUIZ, *Reclamación de Deudas...*, p. 181.

⁶⁴ N. MARCHAL ESCALONA, "Quid de la sumisión tácita en el espacio judicial europeo", *La Ley Unión Europea*, n° 2 marzo 2013, pp. 1-17, en particular, p. 8.

2. La competencia objetiva y territorial

22. En atención al art. 25.1 letra a RPEEC, España tuvo que comunicar los órganos jurisdiccionales competentes para dictar resoluciones en el PEEC. La competencia objetiva es a favor de los del Juzgado de Primera Instancia y de lo Mercantil en atención al objeto de la reclamación. Una diferencia con respecto al PME es que en este Reglamento se otorgó competencia exclusiva al Juzgado de Primera Instancia no incluyendo a los de lo Mercantil.

En relación a la competencia territorial, la Disposición final vigésima cuarta de la LEC precisa que se deberá acudir a lo dispuesto en el Reglamento Bruselas I *bis* y en lo no previsto por este Reglamento a los arts. 50-51 LEC⁶⁵.

VI. El iter procesal en el proceso europeo de escasa cuantía

1. Presentación de la demanda

23. El PEEC es un proceso escrito (art. 5.1 RPEEC)⁶⁶. Este carácter favorece a las partes cuando se trata especialmente de un litigio transfronterizo. El proceso gana agilidad, se reducen costes y los tiempos para obtener una resolución se acortan. Esto es porque todo el proceso se tramita por escrito sin necesidad de vistas orales, práctica de prueba en las vistas, evitando que las partes tenga que desplazarse. No obstante, se podría celebrar una vista oral si las partes o el propio órgano jurisdiccional así lo consideran. El RPEEC no contempla los criterios para admitir una vista oral, por lo que esta cuestión se regirá por lo que disponga en juez competente. En principio, la vista oral debería ser algo poco habitual, ya que el PEEC no se concibe por el legislador como un procedimiento donde haya audiencias orales. Los criterios en los que podría basarse el juez para decidir la procedencia de una vista oral son discrecionales, dependerán del caso concreto pero se podría considerar oportuno una vista oral cuando no sea posible probar lo que se alega, cuando el juez tenga dudas sobre la veracidad de determinados testimonios⁶⁷ o cuando lo necesite para resolver. Si el juez deniega la procedencia de la vista oral debe motivarlo por escrito y no se podrá impugnar por separado (art. 5.1 PEEC).

24. El PEEC comienza con la interposición de demanda en atención al Formulario A previsto en el Anexo I RPEEC⁶⁸. La demanda se puede interponer de forma presencial, por correo o fax o telemáticamente (art. 4.1 RPEEC). El idioma en el que se debe cumplimentar el formulario de demanda es en del Estado donde se presenta (art. 6.1 RPEEC). También en el idioma del foro debe redactarse la contestación, la posible reconvencción y la descripción de la prueba. En el caso de que algún documento se presente al juez en un idioma extranjero, éste sólo debería solicitar la traducción cuando lo necesite para dictar sentencia (art. 6.2 RPEEC). Esto es una cuestión de economía procesal, lo que se persigue es evitar gastos en las traducciones y que el proceso se alargue. Por otro lado, las partes pueden negarse

⁶⁵ Esta disposición vigésima cuarta de la LEC fue introducida por la *Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía* (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2011).

⁶⁶ Sobre este particular en la doctrina *vid. vid.*, F. GASCÓN INCHAUSTI, “Algunas reflexiones acerca de la oralidad y la prueba en el proceso europeo de escasa cuantía”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 285-308; R. MIQUEL SALA, *El proceso europeo de...*, pp. 87-96.

⁶⁷ R. MIQUEL SALA, *El proceso europeo de...*, p. 92.

⁶⁸ Desde nuestro punto de vista el uso de los Formularios debería ser obligatorio tanto para el demandante como para el órgano jurisdiccional, salvo en la contestación del deudor. Los formularios permiten uniformar el procedimiento entre Estados miembros y facilitan el trámite de interposición al demandante cuando no cuenta con asistencia letrada. No obstante, hay autores que consideran que se debe dar al demandante libertad de forma y que puede presentar la demanda del PEEC bien mediante el Formulario A o mediante escrito de demanda en atención al Derecho del foro, *vid.* A. GUTIÉRREZ BERLINCHES, “Art. 4: Incoación del proceso”, en F. LÓPEZ SIMÓ/F. GARAU. SOBRINO, *El proceso europeo de escasa cuantía. Comentarios al Reglamento (CE) n° 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 101. *Vid* también, J. SIGÜENZA LÓPEZ, “Un buen instrumento para la tutela del crédito que suscita no pocos problemas prácticos”, *CDT*, Vol. 13, n° 2, pp. 550-574, en particular, p. 558.

a admitir documentos que no estén redactados en el idioma(s) del país donde se desarrolla el proceso o en uno que entiendan (art. 6.3 RPEEC). En ese caso, el juez debe informar a la parte contraria para que facilite la traducción.

25. Una vez presentada la demanda el órgano jurisdiccional realiza un examen inicial sobre si se cumple el ámbito de aplicación del RPEEC. Si el juez considera que existe algún aspecto que deba rectificarse o modificarse se lo comunicará al demandante conforme al Formulario B del Anexo II RPEEC⁶⁹. En el caso de que no sea necesario lo anterior, el juez rellenará la parte I del Formulario C previsto en el Anexo III y se lo remitirá al demandado junto con una copia de la demanda y los documentos pertinentes en un plazo de 14 días desde la recepción de la demanda (art. 5.2 RPEEC). El demandado a su vez dispone de 30 días para contestar a la demanda. La contestación puede llevarla a cabo cumplimentando la parte II del Formulario C o mediante otro escrito conforme al Derecho procesal del foro. Como sucede con el PME, el único formulario que no es de uso obligatorio es el de oposición al REP y en el caso del RPEEC el que permite contestar a la demanda. También el demandado puede contestar añadiendo la documentación que considere oportuna o incluso también reconvenir. Una vez la contestación a la demanda llega al órgano jurisdiccional, éste tiene 14 días para remitir el escrito de contestación al demandante.

2. PEEC y prueba del Derecho extranjero

26. Una cuestión que surge es si el demandante debe aportar toda la prueba que señala en la demanda o podría aportarla más tarde en el proceso. La respuesta es que dicha prueba la podría realizar más adelante (art. 4.1 RPEEC)⁷⁰. Sin embargo, cabe preguntarse qué sucedería en el caso del Derecho extranjero. Es decir, si el litigio se fundamenta en un Derecho que no es del foro cabría preguntarse si el demandante debe en la demanda alegar dichas normas y también probarlas en ese momento inicial en el que presenta la demanda.

El primer aspecto a tener en cuenta es que en el PEEC no existe la obligación de fundamentar la pretensión con normas jurídicas (art. 12.1 RPEEC). Las partes lo pueden hacer si así quieren, pero no es obligatorio. La razón es que el proceso se concibe para que no sea necesaria la asistencia letrada. Por lo tanto, no habría exigencia de alegar ni fundamentar conforme a Derecho. Sin embargo, esta posición es más difícil de sostener si el Derecho que rige la pretensión es un Derecho extranjero. En principio, el demandante debe únicamente al rellenar el formulario señalar los motivos de la demanda, no tiene que precisar norma jurídica alguna. Sin embargo, cuando la demanda se sustenta en una Ley extranjera debería mencionarse para que el juez tenga constancia de ello. Por lo tanto, aquí podemos apreciar cierta contradicción entre lo que señala el RPEEC, lo que puede hacer el demandante y lo que debería hacer. Nuestra posición de considerar necesario la alegación y fundamentación conforme al Derecho extranjero no es por la necesidad de alegar el Derecho extranjero, ya que en el ordenamiento jurídico español no es preceptivo⁷¹. Aunque no se puede pasar por alto que existen ordenamientos jurídicos que consideran que el Derecho extranjero es un hecho y es necesario no sólo que las partes lo prueben, sino que también lo aleguen, es decir, lo aporten en el proceso. Nuestra posición de mencionar el Derecho extranjero en la demanda del PEEC es para que el juez conozca desde el principio los fundamentos jurídicos de la pretensión y pueda tener un pleno conocimiento del problema y su base jurídica desde el principio. Si las partes no son claras y precisas desde el primer escrito que presentan, el proceso puede alargarse mu-

⁶⁹ Con error el Auto Juzgado de lo Mercantil Barcelona 16 abril 2021, nº 221/2021, ECLI:ES:JMB:2021:5136A, FD 1º, debido a que señala que al no aportar el demandante el Formulario B se desestima la demanda. Entendemos que es un error y que quiere decir en realidad Formulario A. Hay que tener en cuenta que el Formulario B únicamente está previsto para que el órgano jurisdiccional solicite al demandante que rectifique o modifique el Formulario A de demanda.

⁷⁰ R. MIQUEL SALA, *El proceso europeo de...*, p. 123. Aunque hay doctrina que considera que se debería justificar la reclamación aportando toda la prueba desde la presentación de la demanda a pesar de que el RPEEC es flexible sobre este particular *vid.*, A. BELTRÁN MONTOLIU, *Proceso europeo de...*, p. 95.

⁷¹ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, tomo i, 2ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, p. 696.

cho más. Hay autores que señalan que si no se alega el Derecho extranjero en la demanda el juez podría incluso solicitar la rectificación de la demanda debido a que esa información la necesitaría conocer⁷².

Como mero apunte recordar que en el caso del ordenamiento jurídico español, la alegación del Derecho extranjero no es necesaria. El Derecho extranjero existe en el proceso porque así lo determina la norma de conflicto con independencia de lo que consideren las partes⁷³. Cuestión diferente es la prueba del Derecho extranjero⁷⁴. La cual recae en las partes en atención al Derecho procesal español (art. 282.2 LEC y art. 33 LCJIMC). Por lo tanto, en la descripción de la prueba que aparece en el Formulario A, el demandante podría incluir esa referencia a la prueba del Derecho extranjero si éste es el Derecho en el que se basaría la reclamación pero no tiene que presentar documentos que lo prueben al presentar la demanda. Tampoco en un proceso ordinario ante tribunales españoles. La prueba del Derecho extranjero no es un criterio de procedibilidad para que la demanda se admita a trámite. Así, el Derecho extranjero se podría probar más adelante durante el desarrollo del proceso. Es más, a diferencia de los hechos, en el ordenamiento jurídico español se puede probar no sólo en primera instancia, también en apelación y en casación⁷⁵.

3. La posición del demandado

27. El demandado una vez recibe la demanda puede optar por seguir la estrategia procesal que considere oportuna, entre las opciones que tendría a su disposición serían⁷⁶: 1) Allanarse, expresando su conformidad con la reclamación que le realiza el demandante; 2) Contestar a la demanda; 3) Plantear una reconvencción; 4) No pronunciarse.

El demandado puede allanarse a la petición del demandante. En el caso del PEEC, para que se considere que el demandado se allana es necesario que muestre su conformidad de forma expresa, no es suficiente con no pronunciarse.

Como hemos señalado anteriormente, *la contestación a la demanda* se puede llevar a cabo utilizando el Formulario C parte II en un plazo de 30 días desde que recibe la notificación (art. 5.3).

El demandado tiene también la opción de *reconvenir* y contestar a la demanda presentando el Formulario A y los documentos que considere oportunos para justificar su posición. En ese escenario será necesario atender al art. 8.3 del Reglamento Bruselas I *bis*, debido a que así lo señala el considerando 16 RPEEC. El concepto de reconvencción se debe interpretar en atención al actual Reglamento Bruselas I *bis*. Por lo tanto, la demanda reconvenccional sólo sería posible si existe conexidad objetiva entre las demandas⁷⁷.

Hay que tener en cuenta que si la reconvencción supera los 5.000 euros no se podrá seguir tramitando el asunto mediante el PEEC. Tanto la demanda como la reconvencción se registrarán por otro proceso en atención a la *lex fori* (art. 5.7 RPEEC). El art. 4.3 PEEC señala que el paso a otro tipo de proceso no es automático, el órgano jurisdiccional debe advertir sobre ello al demandado y decidir si continua o desiste en su pretensión⁷⁸. Esta forma de tratar la reconvencción que excede del límite de la cuantía ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina debido a que permitiría plantear falsas reconvencciones con el objetivo de dejar a un lado el PEEC y que el acreedor tarde más en cobrar su crédito⁷⁹. Sin embargo,

⁷² Sobre este particular *vid.*, R. MIQUEL SALA, *El proceso europeo de...*, p. 124.

⁷³ STSJ Navarra 19 mayo 2021, nº2/2021, ECLI: ES:TSJNA:2021:216; FD 4.

⁷⁴ Sin carácter exhaustivo entre los estudios más recientes en la doctrina española, A. YBARRA BORES, "La prueba del Derecho extranjero y el artículo 33.3 de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil", *CDT*, Vol. 14, nº1, 2022, pp. 525-558.

⁷⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho...*, tomo i, p. 697.

⁷⁶ A. BELTRÁN MONTOLIU, *Proceso europeo de...*, pp. 100-101.

⁷⁷ SAP Sevilla 19 enero 2019.

⁷⁸ R. MIQUEL SALA, *El proceso europeo de...*, p. 135.

⁷⁹ R. MIQUEL SALA, *El proceso europeo de...*, p. 136. *Vid.* también, A. GUTIÉRREZ BERLINCHES, "Art. 5: desarrollo del procedimiento", en F. LÓPEZ SIMÓ/F. GARAU. SOBRINO, *El proceso europeo de escasa cuantía. Comentarios al Reglamento (CE) nº 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 115-129, en particular, pp. 127-128.

la crítica de que se pueden plantear reconvenções fraudulentas puede que no sea así del todo en la práctica. El juez al que se le plantee la reconvenção que excede del límite del PEEC no la tendría que aceptar de forma automática, debería considerarlo en base a los argumentos y ciertos indicios probatorios que le presente el demandado, del mismo modo que estudia la admisión de la demanda del PEEC debería estudiar la reconvenção⁸⁰. Es decir, la justificación de la reconvenção por parte del demandado y que por tanto se pase de un PEEC a un proceso ordinario es porque hay unos indicios mínimos que le permiten al juez estimar tal petición, no consideramos que sea la mera alegación del deudor.

Un ejemplo podría ser el siguiente: la señora Williams, nacional irlandesa con residencia habitual en Cork pasa cada verano en Torreveja (Alicante). En dicha ciudad española contrató unos tratamientos estéticos que a su parecer no le sirvieron de nada salvo para empeorar su aspecto. Por ese motivo, quiere reclamar los 3.000 euros que le costó el tratamiento facial. La clínica alicantina se niega a devolverle el dinero y la señora Williams cree que un proceso europeo de escasa cuantía podría ser una forma rápida y poco costosa de plantear su pretensión ante tribunales españoles. Sin embargo, al plantear la demanda, la clínica española reconviene y alega que la mujer irlandesa les debe 6.500 euros en tratamientos impagados. Ante este escenario la señora Williams se plantea si su reclamación seguiría tramitándose vía PEEC. La respuesta a dicha cuestión es clara: no. La demanda y la reconvenção pasarían a tramitarse según lo dispuesto en la *lex fori* del Estado que conocía del PEEC. Este escenario deja a la señora Williams en una situación muy diferente a la que quizás se planteó al iniciar el PEEC, ya que al pasar el asunto a un proceso ordinario ni va a ser un proceso barato, ni rápido ni tampoco se va a poder ejecutar la sentencia sin procedimiento de *exequatur* en otro Estado miembro.

Otro aspecto que resolverá la *lex fori* será la compensación de créditos. Si el demandado al enterarse de la reclamación del demandante considera que él también es acreedor de esa persona puede solicitar que se le compense el crédito. La forma en la que impacta esa solicitud de compensación en el PEEC deberá solucionarse en atención al Derecho procesal del foro, ya que la compensación es una cuestión que difiere de forma considerable entre Estados miembros y el Reglamento no regula. El único aspecto que recoge sobre la compensación de créditos el RPEEC es en su considerando 17 señalando que cuando el demandado oponga una compensación no significa en atención al Reglamento que está reconviene, y que por lo tanto, no es necesario que utilice el Formulario A.

Si el demandado se encuentra en *rebeldía* el juez dicta sentencia (art. 7.3 RPEEC). La consecuencia es el fin del PEEC.

28. Una cuestión que puede suscitarse es qué sucede cuando el demandado no está de acuerdo con la valoración de la cuantía de la demanda. Esto sucederá sobre todo en pleitos no pecuniarios. En ese caso el demandado debe ponerlo de manifiesto en la contestación a la demanda y será el juez el que decida sobre dicha valoración. Si tras la valoración el pleito superara los 5.000 euros, las partes deberían litigar en un juicio verbal (si la cuantía del pleito no superara los 6.000 euros) o en un proceso ordinario en el caso del ordenamiento jurídico español⁸¹.

4. La decisión del juez en el proceso europeo de escasa cuantía

29. Una vez el juez ha recibido los argumentos de las dos partes tiene 30 días para dictar sentencia (art. 7.1 RPEEC). A pesar de que ello sería lo ideal, no siempre es posible. Muchas veces en los procesos escritos por el hecho de tener tal carácter no permiten que el juzgador pueda resolver sólo con la demanda y la contestación. Bien por falta de información, de una visión global, la complejidad del asunto, etc. Ante esos escenarios y otros que pudieran surgir, el PEEC prevé que el juez podría⁸²:

⁸⁰ Interesante la solución que propone E. GUINCHARD, *¿Hacia una reforma...*, p. 288, donde señala que la solución a dicho problema se encuentra en el propio RPEEC y que un demandado no debería poder esquivar un PEEC de forma abusiva de forma tan sencilla, el juez debe estudiar lo que le propone el demandado y ver si tiene fundamento de la misma forma que estudia la demanda de PEEC.

⁸¹ R. MIQUEL SALA, *El proceso europeo de...*, p. 121 y pp. 139-140.

⁸² Para un mayor detalle en la doctrina *vid.*, A. BELTRÁN MONTOLIU, *Proceso europeo de...*, pp. 107-119.

- 1) *Solicitar información complementaria a las partes.* La primera cuestión que nos planteamos y que el texto del REEC no aclara es qué debe entenderse por información complementaria o cuál es el alcance de esa solicitud que realiza el juez. Entendemos que el juez puede solicitar cualquier información que necesite para dictar sentencia. Esta prerrogativa que el RPEEC atribuye al juez ha generado recelo entre la doctrina procesalista⁸³ debido al impacto que puede tener en un ordenamiento como el español. Ordenamiento en el cual los procesos civiles la justicia es rogada (art. 216 LEC) y el juez tiene el deber inexcusable de resolver de todo asunto del que conozca (art. 1.7 CC), pudiendo provocar incluso la imparcialidad del juez si la interpretación de dicha facultad es demasiado amplia.

Otra cuestión que nos planteamos es si el juez podría solicitar información extra a las partes una vez o de forma repetida. Todo petición que se realice implica un mayor coste en tiempo y en dinero debido a que el proceso se alarga. Aún así, la respuesta es sí, el juez puede pedir a las partes las veces que sea necesario toda la información que precise para poder dictar sentencia⁸⁴.

- 2) *Recurrir a la práctica de la prueba.* A nuestro juicio, dos son los aspectos que caracterizan la práctica de la prueba en el PEEC:
 - i) *Libertad de prueba.*
 - ii) *Economía procesal.*

El PEEC no es un proceso donde la prueba esté tasada. En el PEEC se podría utilizar cualquier medio de prueba que se permita en la *lex fori* y el órgano jurisdiccional estime conveniente en atención a la economía procesal. Es decir, una prueba muy costosa no tendría ningún sentido en un proceso donde la reclamación es pequeña. Por eso el ímpetu del legislador en fomentar el medio escrito y el telemático como vía probatoria (art. 19. 1 PEEC). El juez deberá valorar y ajustar la prueba al caso concreto debiéndose decantar todo lo que sea posible por la prueba más simple y económica⁸⁵.

- 3) *Citar a las partes a una vista oral.* Esta vista oral debe celebrarse en un plazo de 30 días desde la recepción de la citación. Como ya señalamos, la vista oral en el PEEC debe ser un recurso extraordinario. Antes de recurrir a la vista oral el juez debería intentar resolver el asunto solicitando información complementaria a las partes o practicando prueba pero hay que tener en cuenta que las opciones que señala el art. 7 RPEEC no guardan un orden de prelación. El juez podrá optar por la opción que mejor considere oportuno en atención al caso concreto.

Una vez el juez pueda hacerlo deberá dictar sentencia, sin embargo, a la misma se puede llegar después de un *iter* procesal bien diferente, en particular las alternativas serían ser las siguientes⁸⁶:

- 1) El juez dicta sentencia tras la presentación de la demanda y la declaración de rebeldía del demandado (art. 7.3 RPEEC).
- 2) El juez dicta sentencia tras la presentación de la demanda y la contestación del demandado (art. 7.1 RPEEC).
- 3) El juez dicta sentencia tras la demanda, la contestación y solicitar información complementaria (art. 7.1. letra a RPEEC).
- 4) El juez dicta sentencia tras la demanda, la contestación y la práctica de la prueba (art. 7.1 letra b y art. 9 RPEEC).

⁸³ A. BELTRÁN MONTOLIU, *Proceso europeo de...*, p. 108; I. GASCÓN INCHAUSTI, "Algunas reflexiones acerca...", p. 300.

⁸⁴ R. MIQUEL SALA, *El proceso europeo de...*, p. 142.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 144.

⁸⁶ A. BELTRÁN MONTOLIU, *Proceso europeo de...*, pp. 119-122; A. GUTIÉRREZ BERLINCHES, "Art. 7: conclusión del proceso", en F. LÓPEZ SIMÓ/F. GARAU. SOBRINO, *El proceso europeo de escasa cuantía. Comentarios al Reglamento (CE) nº 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 149-150.

- 5) El juez dicta sentencia tras la demanda, la contestación y una vista oral.
- 6) Otras formas anormales de terminación del proceso como el allanamiento, el desistimiento o la renuncia.

5. El pago de las costas procesales en el proceso europeo de escasa cuantía

30. El pago de las costas por las partes no es una cuestión de menor importancia. Esto es así porque los gastos que puede implicar el litigio es de los primeros aspectos que un acreedor se plantea para decidir si litigar o no para reclamar la deuda. Por ese motivo, el modo en el que se configure la cuestión de gastos del proceso en el PEEC es un aspecto clave para su éxito, ya que es transcendental que los gastos se mantengan en un nivel mínimo. El art. 16 RPEEC establece en relación a las costas que “*la parte perdedora soportará las costas del proceso. No obstante, el órgano jurisdiccional no condenará a la parte perdedora a pagar a la parte ganadora costas generadas innecesariamente o que no guarden proporción con el valor de la demanda*”.

31. En relación a las costas en el PEEC y el art. 16 PEEC destacar tres aspectos:

- 1) *Recoge la regla del vencimiento.* El que pierde el litigio debe asumir las costas.
- 2) *La lex fori es la que determina el reparto de las costas.* El considerando 29 RPEEC precisa que la parte perdedora debe asumir únicamente las costas procesales de gastos como la representación letrada de la otra parte⁸⁷ o cualquier gasto relacionado con la notificación y traducción de documentos siempre que sean proporcionados al valor de la demanda.
- 3) *Evitar desequilibrios entre las partes.* Una de las preocupaciones del legislador europeo que se puede observar en el citado considerando 29 pero también en la segunda parte del art. 16 RPEEC es que exista un equilibrio entre las partes⁸⁸. De este modo, la parte que pierda no va a tener que asumir costas generadas innecesariamente o muy alejadas del valor de la demanda. Lo relevante en relación a las costas no reside tanto en la condena en sí sino en la cuantía propiamente dicha⁸⁹, la cual el vencido puede recurrir si le resulta injusto por resultar dichos gastos innecesarios o no guardar proporción con el valor de la demanda.

Por lo tanto, en atención a lo anterior cabe plantearse qué sucedería con los honorarios de la asistencia letrada cuando la misma no es obligatoria en el PEEC. Así, cabe plantearse si una de las partes decidiera ser asistida por un profesional podría incluir dichos honorarios como costas. La respuesta sería sí, siempre que fuera proporcional al valor de la demanda o fuera necesario hacerlo⁹⁰.

32. El TJUE ha interpretado parte el art. 16 en el asunto *Rebecka Jonsson*. En esta resolución el tribunal realiza una interpretación del término “parte perdedora” recogido en el citado artículo de forma bastante rigurosa. Para el TJUE sólo se aplicaría el art. 16 RPEEC cuando una parte ve desestimadas por completo sus pretensiones⁹¹.

De este modo, cuando el juez nacional en un PEEC sólo estima parcialmente las pretensiones no debe aplicar el art. 16 PEEC. La determinación del pago de las costas lo debe hacer en atención a su derecho nacional siempre que se cumplan dos aspectos por parte de la *lex fori*⁹²: 1) Dicho derecho no puede ser menos favorable que las normas nacionales que regulan el proceso de escasa cuantía nacional; 2) Ese reparto en las costas conforme al Derecho interno no puede desincentivar a las partes a utilizar el

⁸⁷ Hay doctrina que ha mostrado su sorpresa ante la inclusión de la representación letrada como gasto debido a que no es obligatorio contar con la misma para iniciar un PEEC, *vid.* A. BELTRÁN MONTOLIÚ, *Proceso europeo de...*, p.125.

⁸⁸ *Vid.* R. MIQUEL SALA, *El proceso europeo de...*, p. 148.

⁸⁹ M. I. GONZÁLEZ CANO, *Proceso europeo de...*, p. 89.

⁹⁰ *Vid.*, J. SIGÜENZA LÓPEZ, “Un buen instrumento...”, p. 556.

⁹¹ STJUE de 14 de febrero de 2019, C-554/17, *Rebecka Jonsson*, ECLI:EU:C:2019:124, apartado 24.

⁹² *Ibidem*, apartado 28.

PEEC al imponer de todos modos al demandante cuando se estiman en gran medida sus pretensiones el coste de sus propias costas o una parte importante de las mismas.

33. Las tasas judiciales son otro gasto a tener presente y que a los acreedores desincentiva de forma considerable a la hora de decidirse por litigar⁹³. Si lo que se reclama es prácticamente lo mismo o muy poco más a la cantidad que el demandante prevé gastarse, prefiere no iniciar el litigio. De ahí que cuando se modificó el RPEEC con el Reglamento 2015/2421 se incorporará una previsión al respecto con el fin de potenciar la litigación y evitar que los Estados miembros cobren tasas judiciales desproporcionadas (art. 15 *bis*).

6. El recurso y la revisión en el proceso europeo de escasa cuantía

34. Una vez el juez dicta sentencia en el PEEC, las partes disponen de diferentes opciones para revocar esa resolución. En particular, las posibilidades serían:

- 1) El recurso (art. 17 RPEEC).
- 2) La revisión (art. 18 RPEEC).

35. El legislador europeo tenía dos opciones básicamente para afrontar *la regulación del recurso* en el PEEC. Una de ellas era regular de forma expresa en el texto y crear un recurso para el PEEC. La ventaja es que habría una mayor uniformidad y los ciudadanos sabrían que la sentencia dictada en un PEEC se puede recurrir y en base a un procedimiento regulado en el propio Reglamento. La otra opción era dejar la cuestión al arbitrio de la *lex fori*. La alternativa seguida en el PEEC es la segunda.

El art. 17 RPEEC precisa que los Estados miembros deben informar sobre si la sentencia dictada en un PEEC puede ser susceptible de recurso y los plazos para ello. A nuestro juicio, la alternativa elegida por el legislador es la peor. Esto es así porque la falta de uniformidad y desconcierto para el ciudadano es total. Éste tendrá que informarse en el Derecho procesal del Estado de origen si la sentencia es susceptible de ser recurrida. Por lo tanto, la disparidad de soluciones está servida, potenciándose de esta forma el *forum shopping*. Consideramos que éste es uno de los aspectos a modificar en las próximas revisiones que se realicen sobre el PEEC.

En particular respecto al ordenamiento español, destacar que en atención al art. 17 RPEEC, España comunicó a la Comisión que se pueden recurrir las sentencias derivada de un PEEC siempre que la cuantía supere los 3.000 euros⁹⁴.

No obstante, cabría plantearse si no prever un recurso frente al PEEC podría haber sido considerado inconstitucional por vulnerar la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española). Sobre este particular se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español en diferentes ocasiones. La respuesta siempre ha sido la misma: el establecer recursos frente a las resoluciones judiciales es una decisión del legislador, siendo perfectamente legal tanto si los prevé como si no⁹⁵. Eso sí, si en la Ley se prevé un recurso frente a una sentencia y se priva del mismo, eso sí vulneraría la tutela judicial efectiva y podría ser inconstitucional⁹⁶.

De este modo, en el PEEC podrían recurrirse ante el tribunal que dictó la sentencia en un plazo de 20 días hábiles desde que se notificó la sentencia siempre que la cuantía del litigio se encuentre entre 3.000 y 5.000 euros. El órgano competente para decidir sobre la admisión del recurso es el mismo que ha

⁹³ Vid al respecto, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, apartado 8.1 [COM/2013/0795 final de 19 de noviembre de 2013].

⁹⁴ Hay autores a los que dicha posición que comunicó el ejecutivo a la Comisión en su momento no les pareció acertada, *vid.* J. SIGÜENZA LÓPEZ, “Un buen instrumento...”, pp. 567-568.

⁹⁵ Entre muchas *ad ex.*, STC 21 mayo 2007, n° 122/2007, ECLI:ES:TC:2007:122, FJ 2; STC 18 abril 2005, n° 91/2005, ECLI:ES:TC:2005:91, FJ 2; STC 30 octubre 2000, n° 251/2000; ECLI:ES:TC:2000:251, FJ 3.

⁹⁶ STC 26 enero 2009, n° 19/2009, ECLI:ES:TC:2009:19, FJ 3.

dictado la sentencia, para resolver sobre el mismo será la Audiencia Provincial⁹⁷. El fundamento de esta posición se encontraría en el art. 455 LEC, ya que en el juicio verbal según nuestro Derecho procesal sólo es posible recurrir las resoluciones cuya cuantía sea superior a 3.000 euros. Una cuestión es si es necesario contar con abogado y procurador para recurrir en apelación la sentencia. El RPEEC no precisa nada al respecto por lo que en atención al Derecho español sí sería necesario contar con asistencia letrada (arts. 23, 31 y 455.1 LEC).

36. En relación a *la revisión*, ésta se establece en el art. 18 RPEEC y es prácticamente la misma regulación que realiza el PME en su art. 20, como posteriormente estudiaremos. La revisión se concibe de forma muy excepcional, en ningún caso es una segunda oportunidad para el demandado. La revisión está prevista para poner de manifiesto situaciones especialmente graves y evitar que una sentencia dictada vulnerando los derechos de defensa del deudor circule libremente entre Estados miembros. Por lo tanto, el demandado sólo podría plantear la revisión ante el órgano jurisdiccional del Estado de origen en dos supuestos:

- 1) No ha recibido notificación de la demanda o en el caso de vista oral no se le ha citado con tiempo suficiente como para poder preparar su defensa;
- 2) No ha podido contestar a la demanda por causas extraordinarias ajenas a su voluntad o por fuerza mayor.

En definitiva, el RPEEC prevé supuestos en los que el demandado ha permanecido en rebeldía involuntaria durante el PEEC o no ha podido defenderse por alguna causa ajena a su voluntad y se encuentra con una sentencia firme en su contra. Una diferencia entre el PME y el PEEC es que en el primero se establece un motivo más para que se pueda revisar la sentencia. El demandado en el PME podría alegar que el requerimiento de pago se dictó de forma errónea contraviniendo las normas jurídicas. Este motivo no tenía sentido incorporarlo en el RPEEC debido a que la sentencia de dicho proceso tiene su origen en un procedimiento contradictorio, no sucediendo así en el PME⁹⁸.

La regulación que establece el RPEEC sobre la revisión es insuficiente⁹⁹, se tratan de unas normas mínimas demasiado mínimas a nuestro juicio. Por lo que la *lex fori* vuelve a cobrar protagonismo también en esta parte del PEEC. Sin embargo, a pesar de esa falta de detalle, no todo es negativo, el RPEEC introdujo al igual que hizo el RPME un mecanismo de revisión que si los Estados miembros no prevén en sus ordenamientos deberán crearlo y regularlo para poder aplicar el RPEEC¹⁰⁰. Es una forma de uniformar no sólo vía Reglamento sino también se forzó a cambiar la legislación procesal nacional. En el caso de que ya exista un procedimiento de revisión en el proceso civil del foro, pues los interesados podrán acudir al mismo como es lógico.

Este art. 18 ha sido modificado por el Reglamento 2015/2421 estableciendo un plazo de 30 días para solicitar la revisión. El citado Reglamento señala que el plazo “*empezará a contar desde la fecha en que el demandado tuvo efectivamente conocimiento del contenido de la sentencia y pudo reaccionar, a más tardar desde la fecha de la primera medida de ejecución que tenga por efecto la inalienabilidad de los bienes del demandado, en su totalidad o en parte. Dicho plazo no admitirá prórroga*”. Este es un aspecto que mejora bastante la aplicación práctica del RPEEC, ya que antes de la modificación se señalaba que dichos motivos de revisión se debían poner de manifiesto al órgano jurisdiccional “con prontitud”, lo que se traducía que en cada Estado miembro el plazo para solicitar la revisión era muy dispar.

⁹⁷ Para un mayor detalle sobre el recurso de apelación en el ordenamiento jurídico español de la sentencia de primera instancia dictada en virtud del PEEC *vid.* A. BERNARDO SAN JOSÉ, “Art. 17: Recurso”, en F. LÓPEZ SIMÓ/F. GARAU. SOBRINO, *El proceso europeo de escasa cuantía. Comentarios al Reglamento (CE) n° 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 269-276.

⁹⁸ *Vid.* R. MIQUEL SALA, *El proceso europeo de...*, pp. 153-154.

⁹⁹ En la misma opinión F. GASCÓN INCHAUSTI, “Art. 18: normas mínimas para la revisión de la sentencia”, en F. LÓPEZ SIMÓ/F. GARAU. SOBRINO, *El proceso europeo de escasa cuantía. Comentarios al Reglamento (CE) n° 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 279.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 280.

La consecuencia jurídica de no admitir la revisión serán que la sentencia será firme y ejecutiva. En contraposición, si el órgano jurisdiccional acepta alguno de los motivos de revisión será nula (art. 18.2RPEEC).

VII. Reconocimiento y ejecución de la sentencia

1. Aproximación inicial

37. El capítulo III del RPEEC se ocupa de lo relativo al reconocimiento y ejecución de la sentencia. En particular esta parte se compone de los arts. 20 a 23 de la versión original del Reglamento y los arts. 21 *bis* y 23 *bis* añadidos con el Reglamento 2015/2421. La forma de prever la eficacia extraterritorial de la sentencia dictada en el PEEC permite simplificar considerablemente el proceso y que el demandante pueda en un tiempo relativamente breve ver satisfecha su reclamación. Todo lo relacionado con el proceso de ejecución que no se recoja en dichos preceptos del RPEEC se regirá por la *lex fori* (art. 21.1 RPEEC). Éste es uno de los mayores problemas del PEEC, que remite al Derecho del foro todo lo que no prevé sobre la ejecución. Lo cual, es mucho, porque sobre el proceso de ejecución el PEEC establece unos aspectos mínimos. De este modo, el acreedor va a tener que tener presentes las normas procesales del Estado de ejecución. Esto no deja de ser un aspecto negativo debido a que resta uniformidad al PEEC¹⁰¹. De hecho, si nos situamos en la posición del acreedor, éste es un aspecto a tener muy presente para no utilizar el PEEC para reclamar una deuda y utilizar otros procedimientos disponibles en el país donde considera que el deudor podría tener bienes.

No hay que olvidar que el demandante no está obligado ni a seguir el PEEC ni una vez utilizado éste como vía para la reclamación del crédito a ejecutar la sentencia mediante el RPEEC, ya que también tendría la opción de que dicha sentencia pudiera ser ejecutada en atención al Reglamento Bruselas I *bis* aunque haya sido obtenida mediante un PEEC¹⁰².

38. Un aspecto clave del RPEEC compartido con el PME es que la resolución fruto de un PEEC pueda circular entre Estados parte sin necesidad de superar un procedimiento de reconocimiento y/o *exequatur*¹⁰³. Es una resolución que directamente puede ejecutarse tras superar el proceso nacional de ejecución, que como señalábamos se rige por la *lex fori* porque el RPEEC no lo uniforma. En el caso del ordenamiento jurídico español habría interponer una demanda ejecutiva y atender a lo dispuesto en el art. 549 y a los arts. 517 y ss. LEC

2. Criterios a cumplir para la ejecución de la sentencia en un Estado miembro diferente de donde se dictó

39. La parte interesada en ejecutar una sentencia derivada en un PEEC deberá presentar los siguientes documentos en el Estado de ejecución (art. 21.2 RPEEC):

- 1) Una copia de la sentencia autenticada.
- 2) Una copia del certificado de la sentencia dictada junto con la traducción en el caso de que sea necesaria.

Dicho certificado se expide por el tribunal del Estado de origen siguiendo el Formulario D que se recoge en el Anexo IV. Este certificado permite acudir directamente al proceso de ejecución en el Estado de destino y se compondría de la siguiente información:

¹⁰¹ E. GUINCHARD, ¿Hacia una reforma..., p. 290.

¹⁰² A. BELTRÁN MONTOLIU, *Proceso europeo de...*, p. 138.

¹⁰³ Considerando 30 RPEEC.

- a) Datos que permitan identificar al órgano jurisdiccional y a las partes.
- b) Información sobre la sentencia tal como fecha, número de asunto, fondo de la sentencia, cuantía total a pagar haciendo un desglose entre el principal, las costas y los intereses. Si es una sentencia dictada en apelación se deberá indicar y señalar el número del asunto de la sentencia que reemplaza.

La solicitud del certificado es siempre a instancia de parte¹⁰⁴, siendo el órgano jurisdiccional del Estado de origen el único facultado para expedirlo. Para que se pueda expedir el certificado es necesario que la sentencia cumpla los siguientes requisitos¹⁰⁵:

- 1) La materia objeto de la resolución debe caer dentro del ámbito de aplicación del RPEEC. Es decir, debe tratarse de un asunto civil y mercantil (art. 2.2 RPEEC) y con carácter transfronterizo (art. 3 RPEEC).
- 2) El órgano jurisdiccional del Estado de origen debió ostentar competencia judicial internacional en atención al Reglamento Bruselas I *bis* para dictar la sentencia.
- 3) Los derechos de defensa se han debido respetar. Especial importancia guarda que el demandado haya sido notificado y tenga constancia del procedimiento que existe en su contra.
- 4) La sentencia debe ser ejecutiva en el Estado de origen. Es indiferente la firmeza de la sentencia, sobre la misma puede existir posibilidad de recurrir. Lo relevante para expedir el certificado es su carácter ejecutivo.

40. Por último, tres consideraciones importantes para el ejecutante son necesarias tener en cuenta:

- 1) No necesita tener un representante autorizado en el Estado de ejecución (art. 21.3 RPEEC)
- 2) No es necesario que cuente con dirección postal en el Estado de ejecución (art. 21.3 RPEEC).
- 3) No es necesario prestar caución o depósito.

El objetivo de estas consideraciones es hacer más fácil la ejecución y menos costosa.

3. Motivos de rechazo de la ejecución

41. En aras de preservar un equilibrio entre el ejecutante y el ejecutado el RPEEC prevé la posibilidad de atacar la ejecución mediante dos vías:

- 1) La denegación de la ejecución (art. 22 RPEEC).
- 2) La suspensión o limitación de la ejecución (art. 23 RPEEC).

La tramitación de la denegación así como la limitación o suspensión de la ejecución se registrarán ante tribunales españoles en todo lo no regulado en el RPEEC por los arts. 556 y ss. LEC. En esta fase de ejecución al igual que durante todo el desarrollo del PECC no será necesario que las partes cuenten con asistencia letrada (art. 539.1 LEC).

42. La *denegación de la ejecución* podría rechazarse por el motivo que se recoge en el RPEEC y también por alguno de los motivos que se recojan en la *lex fori* del Estado de ejecución siempre que no sean contrarios al RPEEC¹⁰⁶. El REEPC contempla únicamente como motivo la incompatibilidad de

¹⁰⁴ M. A. ARTOLA FERNÁNDEZ, “El procedimiento europeo de escasa cuantía. Aspectos generales y procesales”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2020, p.128

¹⁰⁵ F. GARAU SOBRINO, “Reconocimiento y ejecución en otro Estado miembro”, en F. LÓPEZ SIMÓ/F. GARAU. SOBRINO, *El proceso europeo de escasa cuantía. Comentarios al Reglamento (CE) nº 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 307-308.

¹⁰⁶ S. FELIÚ SOTOMAYOR, “Art. 22: denegación de la ejecución”, en F. LÓPEZ SIMÓ/F. GARAU. SOBRINO, *El proceso europeo de*

la resolución que se quiere ejecutar con una sentencia judicial dictada anteriormente en cualquier Estado miembro o en un tercer país. El objetivo del RPEEC es reducir al máximo las causas que podrían dar lugar a que la sentencia fruto del PEEC no pudiera ser finalmente una sentencia ejecutiva. En ningún caso el juez del Estado de ejecución podría revisar el fondo del asunto con independencia de lo que las partes aleguen.

43. La incompatibilidad tendrá lugar cuando se cumplan las tres condiciones que se precisan en el art. 22 RPEEC. A este precepto se le puede aplicar lo dispuesto por el TJUE en relación al art. 45.1 letra c y d Reglamento Bruselas I *bis*, ya que el art. 22 RPEEC recoge uno de los motivos que señala el Reglamento Bruselas I *bis* como causa para denegar el reconocimiento y la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro. Por lo tanto, el término “incompatible” es asimilable a lo que se ha venido entendiendo por “inconciliable” que es el término que se utiliza en el art. 45.1. letra c del Reglamento Bruselas I *bis*. Así, en términos generales dos resoluciones serán incompatibles cuando impliquen consecuencias jurídicas que se excluyen mutuamente¹⁰⁷. En particular, el art. 22 RPEEC precisa que tres son los motivos para considerar que una sentencia es incompatible¹⁰⁸:

- 1) Sentencia que se refiera al mismo objeto y partes. El primer aspecto que debe valorar el juez del Estado de ejecución es que exista identidad de objeto y partes. Es decir, una sentencia tiene el mismo objeto bien cuando ambas resoluciones tienen el mismo objetivo o bien cuando recogen pronunciamientos incompatibles y excluyentes entre sí¹⁰⁹. El término partes se debe interpretar desde una perspectiva procesal y se refiere a las mismas personas, siendo indiferente la posición que ocupen en el proceso (demandantes, demandados, donde se encuentren sus domicilios, etc.). Es indiferente que las sentencias sean firmes o definitivas, no es relevante la firmeza de la sentencia.
- 2) Sentencia anterior que haya sido dictada en el Estado de ejecución o que cumpla las condiciones para ser reconocida en el Estado miembro de ejecución. Para conocer si la sentencia es susceptible de ser reconocida se deberá atender a lo dispuesto en el Reglamento Bruselas I *bis* sobre el reconocimiento de resoluciones (arts. 36 a 38).
- 3) Ha existido la imposibilidad de alegar la incompatibilidad durante el procedimiento judicial en el Estado miembro de origen. Esto significa que el demandado no pudo durante el proceso alegar la incompatibilidad. El objetivo del RPEEC es evitar dilaciones y subterfugios del ejecutado para evitar la ejecución de la sentencia. Desde nuestro punto de vista, esta parte del precepto debería interpretarse de forma restrictiva y no permitir su admisión cuando ya se ha intentado plantear la incompatibilidad en el Estado de origen y se desestimó¹¹⁰.

44. La suspensión o limitación de la ejecución se puede solicitar en el Estado de ejecución cuando la sentencia está siendo objeto de revisión en el Estado de origen conforme al art. 18 RPEEC o cuando está siendo objeto de recurso debido a que todavía no es firme. El art. 23 RPEEC es la norma que se ocupa de este particular y en todo lo no regulado por el propio precepto se deberá atender a la *lex fori* del Estado de ejecución. El juez del Estado de ejecución puede ante la petición del ejecutado adoptar medidas cautelares, subordinar la ejecución a la constitución de una garantía o decidir suspender temporalmente la ejecución.

escasa cuantía. Comentarios al Reglamento (CE) n° 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, Dykinson, Madrid, 2010, p. 326.

¹⁰⁷ A.-L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1240.

¹⁰⁸ AAP Barcelona 25 julio 2018, n° 105/2018, ECLI:ES:APB:2018:4266ª, FD 2°.

¹⁰⁹ STJUE 8 diciembre 1987, 144/86, *Gubisch*, ECLI:EU:C:1987:528, apartados 15 a 18; STJUE 14 octubre 2004, C-39/04, *Maersk*, ECLI:EU:C:2004:615, apartado 36.

¹¹⁰ En contra en relación al PEEC *vid.*, S. FELIÚ SOTOMAYOR, p. 330. Sobre el título ejecutivo europeo, en el cual se recoge un precepto similar al art. 22 RPEEC, *vid.*, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El título ejecutivo...*, p. 185; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El título ejecutivo...*, p. 189.

VIII. Consideraciones finales

45. Cuanto menor es la cuantía que se reclama, menos puede llegar a compensar su reclamación en los tribunales. El coste en tiempo y dinero que acaba implicando desincentiva, y mucho, al acreedor. El PEEC justo persigue lo contrario. Su objetivo es animar a litigar, a que los créditos derivados de asuntos transfronterizos (art. 3.1 RPEEC) no queden sin cobrar. Y para ello el Reglamento en el que se desarrolla el PEEC establece un proceso que intenta ser ágil, costoso y uniforme en todos los Estados miembros.

46. De este modo, se puede decir que, aunque el legislador lo intenta y puede llegar a ser en la práctica un proceso más o menos ágil y poco costoso, la realidad es que todavía queda trabajo por hacer para que este proceso sea un proceso verdaderamente útil y que cumpla los objetivos para los que se creó.

47. A nuestro juicio, ese esfuerzo necesario para que el PEEC sea una alternativa real útil para las empresas y los ciudadanos europeos tendría que venir de la mano del legislador europeo, pero también de los gobiernos de los Estados miembros y de sus Administraciones de Justicia. La colaboración de todos y entre todos es crucial.

Un aspecto a potenciar es su uso. El RPEEC se ha utilizado realmente poco en estos años. En el caso de España, apenas se llega a medio centenar de resoluciones¹¹¹. Las razones son diversas:

Una es el *desconocimiento* sobre la existencia del PEEC. No hay muchos usuarios que lo conocieran. Incluso hay algunos órganos jurisdiccionales de Estados miembros como el francés que tampoco tenían idea del mismo a pesar de que el Reglamento llevaba aplicándose durante años¹¹². Por lo tanto, un primer paso no muy complicado de llevar a la práctica es que se promocióne el RPEEC tanto por las instituciones europeas como nacionales.

Otra es *las carencias que presenta* el RPEEC. Antes de la reforma, uno de sus puntos débiles era el límite de la cuantía. Elevarlo de 2.000 euros a 5.000 fue una decisión acertada. Un problema que presenta en la actualidad es la definición que realiza el texto de asunto transfronterizo. Dicha definición limita su ámbito de aplicación, y por lo tanto, su utilización en la práctica. Este término debería modificarse cuando el Reglamento se vuelva a revisar. Se debería redactar de forma más amplia sin tener tan presente que el domicilio de alguna de las partes no coincida con el del órgano jurisdiccional que conoce del asunto.

Por el otro, se deberían uniformar determinadas partes del Reglamento como la relativa a la fase de ejecución. Somos conscientes de que es un asunto complejo y que impacta en el Derecho procesal de los Estados miembros, pero es uno de los factores que más puede llegar a desincentivar al acreedor para reclamar vía PEEC. La ejecución, es lo que permite cobrar, y en el fondo es en lo que piensa el acreedor desde el primer momento. El hecho de que se encuentre al arbitrio de la *lex fori* no nos parece adecuado porque eleva mucho los costes al acreedor. En el caso de que éste persiga ejecutar en varios Estados miembros, el acreedor debe informarse sobre los diferentes ordenamientos para la ejecución forzosa.

Otro aspecto que potenciaría su uso es que se fuera un proceso prácticamente digital y automatizado, donde las partes pudieran desde su dispositivo reclamar y recibir una sentencia en un período breve pero siempre que se permita garantizar la protección de datos, la seguridad y tutela judicial efectiva. En las próximas revisiones sobre el RPEEC intuimos que este aspecto se va a estar presente debido a que las instituciones europeas están presionando a los Estados miembros para que la justicia pueda estar en un futuro cercano mucho más digitalizada de lo que lo está en la actualidad. Desde nuestro punto de vista, esto mejoraría mucho el PEEC y también afectaría de forma muy positiva al Espacio Económico Europeo.

¹¹¹ Así lo advierte J. SIGÜENZA LÓPEZ, “Un buen instrumento...”, p. 572.

¹¹² E. GUINCHARD, ¿Hacia una reforma..., p. 298.

La corrupción en las inversiones internacionales. Análisis de los efectos jurídicos de la corrupción en el arbitraje de inversiones ante el CIADI

Corruption in international investments. Analysis of the legal effects of corruption in ICSID arbitration

LAURA ARAGONÉS MOLINA

*Investigadora Doctora del Instituto Universitario de Investigación en Estudios
Latinoamericanos (IELAT) de la Universidad de Alcalá*

Recibido: 16.01.2023 / Aceptado: 24.01.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7534

Resumen: La corrupción ha dejado de ser un problema local para adquirir una dimensión transnacional. La intensificación de las relaciones económicas internacionales y la eliminación de barreras para el comercio y la inversión contribuyen al desarrollo económico y social de los Estados, pero este desarrollo se ve mermado cuando median prácticas corruptas en los procesos de formalización de las inversiones internacionales. No es extraño, por tanto, que surjan conflictos entre el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión en algún momento de la vida de la inversión y estos acuden al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) como el foro más adecuado para resolver sus controversias. En este trabajo, analizamos la práctica del CIADI en los casos en los que alguna de las partes ha alegado actos de corrupción, con dos objetivos esenciales; un objetivo particular que consiste en analizar los efectos jurídicos que estas alegaciones pueden producir en el proceso según quién formula la alegación y las dificultades jurídico-procesales que surgen en estos casos; y un objetivo general que trasciende al caso particular, que es averiguar si el arbitraje internacional puede constituir una herramienta jurídica efectiva para disuadir a inversores y Estados de incurrir en prácticas corruptas.

Palabras clave: Corrupción, arbitraje de inversiones, manos limpias, CIADI, orden público transnacional.

Abstract: Corruption is no longer a local problem but has taken on a transnational dimension. The intensification of international economic relations and the removal of barriers to trade and investment contribute to the economic and social development of states, but this development is undermined when corrupt practices are involved in the processes of formalising international investments. It is not surprising, therefore, that conflicts arise between the foreign investor and the host state at some point in the life of the investment and that they turn to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) as the most appropriate forum for resolving their disputes. In this paper, we analyse ICSID's practice in cases in which one of the parties has alleged acts of corruption, with two essential objectives; a particular objective that consists of analysing the legal effects that these allegations can produce in the proceedings depending on who makes the allegation as well as the procedural difficulties that arise in these cases; and a general objective that transcends the particular case, which is to find out whether international arbitration can constitute an effective legal tool to dissuade investors and states from engaging in corrupt practices.

Keywords: Corruption, investment arbitration, clean hands, ICSID, public international policy.

Sumario: I. Introducción. II. La dimensión transnacional de la corrupción y sus consecuencias en las relaciones económicas internacionales. 1. La regulación de la corrupción por la normativa internacional: la existencia de un consenso entre los Estados en torno a la corrupción. 2. La relación entre la corrupción y las inversiones internacionales. III. Las alegaciones de corrupción en la inversión en los arbitrajes ante el CIADI. 1. La vertiente procesal de la corrupción: la imposibilidad de acudir ante el CIADI. 2. La doble vertiente sustantiva de la corrupción: la responsabilidad internacional del Estado o la imposibilidad del inversor de invocar los derechos que le otorga el tratado de inversión. A) La corrupción como un incumplimiento de la obligación de brindar un trato justo y equitativo a la inversión. B) La corrupción como una práctica contraria al orden público *transnacional*. C) La corrupción como una manifestación de la doctrina de las manos limpias. IV. Problemas jurídicos observados en la práctica del CIADI que dificultan la admisibilidad de las alegaciones de corrupción. 1. La dificultad de la prueba de los actos de corrupción. 2. La aportación de los medios de prueba en el momento procesal oportuno. A) El descubrimiento de nuevas pruebas de corrupción durante el proceso de origen y su planteamiento fuera del momento procesal oportuno. B) El descubrimiento de nuevas pruebas de corrupción concluido el proceso de origen. V. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. Las alegaciones de corrupción en los procesos de formalización de las inversiones internacionales están siendo cada vez más frecuentes en el arbitraje de inversiones. Estas alegaciones las han presentado tanto los inversores para proteger sus inversiones frente a posibles abusos por parte de los Estados receptores de la inversión, como los Estados demandados a modo de estrategia procesal defensiva, es decir, como objeción a la jurisdicción del CIADI ante demandas de inversores que pueden haber incurrido en prácticas corruptas.

2. En este trabajo analizamos, en primer lugar, con qué objetivo se han formulado estas alegaciones de corrupción por los inversores o por los Estados, y los diferentes efectos jurídicos que producen en el arbitraje, tanto desde el punto de vista sustantivo, como procesal, para averiguar, en segundo lugar, el grado de eficacia de este mecanismo de solución de controversias internacionales para combatir la corrupción. En particular, reflexionamos sobre cómo las decisiones arbitrales internacionales pueden contribuir a disuadir estas prácticas que distorsionan la competencia entre empresas, dificultan el pleno desarrollo económico y social de los Estados y pervierten todo sistema de administración de justicia nacional e internacional.

3. Puesto que las controversias relativas a inversiones internacionales se pueden dilucidar en diferentes foros, debemos circunscribir nuestro análisis a un foro determinado para que este sea abarcable y así nos centramos en el CIADI, pues su grado de institucionalidad y el amplio uso que se ha hecho de este foro donde, de hecho, se han dilucidado la mayoría de controversias internacionales en materia de inversiones, lo convierte en una fuente rica y fiable de interpretación de las normas internacionales reguladoras de las inversiones extranjeras. Dada la variedad y complejidad de los asuntos conexos que derivan del fenómeno de la corrupción y de las inversiones internacionales, advertimos que no pretendemos agotar este tema en el presente estudio, sino presentar las principales líneas jurisprudenciales sobre los efectos jurídicos de la corrupción en los arbitrajes sustanciados ante el CIADI con el objetivo de allanar el camino hacia posteriores estudios en los que abordaremos estas cuestiones.

4. Asimismo, debemos también señalar que en este estudio nos centramos en arbitrajes en los que se han alegado actos de corrupción y no otras conductas ilícitas, como el fraude o la falsedad documental, que son frecuentes en el arbitraje de inversiones, pero dada la trascendencia del fenómeno de la corrupción actualmente, consideramos necesario centrarnos en esta práctica. Ello no obsta, sin embargo, para que hagamos alusión a determinados precedentes arbitrales en los que se ha alegado fraude o falsedad documental, por la conexión entre estas prácticas y la corrupción como posibles conductas incorrectas que tienen unos efectos jurídicos en la responsabilidad del Estado y en la legitimidad del inversor para reclamar por los daños sufridos a su inversión.

5. En cuanto a la estructura de este trabajo, en el apartado II, contextualizamos el objeto de este estudio, reflexionando sobre el alcance transnacional que ha adquirido la corrupción y su impacto en la promoción y protección de las inversiones internacionales. En el apartado III, se analiza y sistematizan algunas decisiones arbitrales que constituyen precedentes relevantes en cuanto al tratamiento y efectos jurídicos de las alegaciones de corrupción desde el punto de vista sustantivo del DI de las inversiones, así como su tratamiento y efectos desde el punto de vista procesal en el arbitraje del CIADI. En el apartado IV, nos centramos en los principales problemas que plantean las alegaciones de corrupción en el arbitraje de inversión que dificultan su admisibilidad, con el objetivo de identificar determinadas estrategias procesales que contribuyan a una mayor eficacia del proceso. Por último, el apartado V recoge algunas consideraciones finales sobre el objetivo último y más amplio de este trabajo que es valorar la efectividad del arreglo arbitral en el CIADI para combatir la corrupción.

II. La dimensión transnacional de la corrupción y sus consecuencias en las relaciones económicas internacionales

1. La regulación de la corrupción por la normativa internacional: la existencia de un consenso entre los Estados en torno a la noción básica de corrupción y la necesidad de combatirla

6. Los ordenamientos jurídicos nacionales generalmente tipifican como delito determinadas prácticas que pueden encontrar cabida en el amplio paraguas de la «corrupción», tales como la prevaricación, la malversación, el tráfico de influencias o el cohecho. Sin embargo, la corrupción no es un fenómeno local o regional, sino que ha alcanzado una dimensión transnacional que requiere, en consecuencia, la cooperación de los Estados para combatirla.

7. Por ello, existen actualmente numerosos tratados internacionales, de alcance universal y regional, encaminados a incentivar la adopción de medidas legislativas y de otra índole por parte de los Estados, como la tipificación de determinadas conductas como delito en sus ordenamientos internos, o para reforzar las políticas y medidas legislativas y administrativas ya vigentes, con el fin de prevenir y castigar estos comportamientos injustos.

8. Con alcance universal, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹, que cuenta con 189 Estados Parte² que constituyen la amplia mayoría de Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), exige a los Estados que adopten medidas preventivas y que tipifiquen las formas de corrupción más frecuentes tanto en el sector público como en el privado, además de exigir a los Estados que devuelvan los bienes procedentes de la corrupción al Estado de donde fueron robados.

9. Con alcance regional, podemos destacar la Convención interamericana contra la corrupción³, el Convenio penal sobre la corrupción, aprobado en el seno del Consejo de Europa⁴; la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción⁵; y en el ámbito de la Unión Europea, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea⁶. Pero también en el seno de otras

¹ Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, *United Nations Treaty Series*, vol. 2349 (p. 41).

² Esta cifra corresponde a fecha 18 de noviembre de 2021. Consúltase *United Nations Office on Drugs and Crime*: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/uncac.html>

³ Convención Interamericana contra la Corrupción (B-58), aprobada por la Organización de los Estados Americanos, en Caracas, el 29 de marzo de 1996.

⁴ Convenio penal sobre la corrupción (Convenio núm. 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo, el 27 de enero de 1999.

⁵ Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana, el 12 de julio de 2003.

⁶ Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades

organizaciones internacionales se llevan a cabo acciones para desalentar las prácticas corruptas, como las iniciativas e instrumentos diseñados por el Banco Mundial⁷ o la Organización Mundial del Comercio⁸.

10. Atendiendo a estas normas internacionales, podemos acotar el término «corrupción» a determinadas actividades sobre las que existe un consenso entre los Estados que las han ratificado. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción requiere a los Estados que adopten las medidas legislativas y de otra índole necesarias para tipificar como delito: el soborno (arts. 15 y 16), la malversación o peculado (art. 17), la apropiación indebida (art. 17), el tráfico de influencias (art. 18), el abuso de funciones (art. 19) y el enriquecimiento ilícito (art. 20), figuras también previstas para el sector privado, y, con posterioridad a estos actos, el blanqueo del producto del delito (art. 23), el encubrimiento (art. 24) o la obstrucción a la justicia (art. 25).

11. El soborno de funcionarios públicos es una conducta que a menudo ha salido a la luz en relación con las inversiones internacionales manifestándose de dos formas, bien el inversor ha *ofrecido* a la autoridad pública competente en el Estado huésped una ventaja o beneficio económico a cambio de obtener los permisos, licencias o concesiones necesarios para establecer o mantener su actividad empresarial en dicho Estado (lo que algunos tratados internacionales han denominado «corrupción activa»), o bien la autoridad pública competente ha *solicitado* del inversor un beneficio económico como condición para establecer o mantener su negocio en su territorio («corrupción pasiva»)⁹.

12. Estas conductas, que encontramos en los casos analizados en este estudio, encuentran cabida en la definición de «soborno» o «cohecho» en algunas de las normas internacionales citadas anteriormente, por ello es importante conocer su definición. Por su ámbito de aplicación universal, cabe referirse a la definición contenida en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que contempla el «soborno de funcionario público extranjero» (art. 16), previendo ese componente *transnacional* que aquí interesa¹⁰, y contempla tanto la promesa u ofrecimiento como la solicitud o aceptación de un beneficio indebido. En concreto, establece que:

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.

Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas, el 26 de mayo de 1997. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* C-195, 25 de junio de 1997.

⁷ Véase en la web del Banco Mundial: <https://www.bancomundial.org/es/news/factsheet/2020/02/19/anticorruption-factsheet>

⁸ Véase en la web de la Organización Mundial del Comercio: https://www.wto.org/spanish/news_s/spno_s/spno21_s.htm

⁹ Convenio penal sobre la corrupción (Convenio núm. 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo, el 27 de enero de 1999. En este convenio se diferencia entre corrupción activa y corrupción pasiva (arts. 2 y 3). Mientras la corrupción activa implica «proponer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a uno de sus agentes públicos, para sí mismo o para algún otro, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones»; la corrupción pasiva consiste en que «uno de sus agentes públicos solicite o reciba, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida para sí mismo o para algún otro, o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, con el fin de realizar o de abstenerse de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones».

¹⁰ La Convención Interamericana contra la Corrupción (B-58), también prevé en su art. VIII el soborno transnacional: «Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial».

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales.

13. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) puso el foco de la corrupción sobre las transacciones económicas internacionales, es decir, tanto las transacciones comerciales como las inversiones, e impulsó la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, de la que son parte 44 Estados de todo el mundo (los 37 miembros de la OCDE más Argentina, Brasil, Bulgaria, Costa Rica, Perú, Rusia y Sudáfrica). Esta Convención tiene la particularidad de que se centra en el «oferente», es decir, en la persona que *ofrece* un beneficio al funcionario público¹¹, a diferencia de otras normas y otros instrumentos en las que se hace hincapié en la conducta del agente público que *solicita* o *recibe* la ventaja o beneficio. Esta Convención define el «cohecho», en su art. 1.1., en términos prácticamente idénticos al «soborno» conforme a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en los siguientes términos: «...que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales».

14. Interesa señalar que la normativa procesal del CIADI prevé expresamente la corrupción de alguno de los árbitros que conformen el Tribunal como causa de anulación de un laudo (art. 52.1. c) del Convenio CIADI). En efecto, la corrupción puede alcanzar al órgano jurisdiccional competente para resolver una controversia, de la misma manera que puede suceder respecto al poder judicial en los sistemas internos. No obstante, esta causa de anulación no es en absoluto frecuente¹², lo que constituye un buen síntoma de la legitimidad de este mecanismo de solución de controversias.

15. No obstante, no hay que descuidar otros riesgos existentes para la buena administración de justicia. Así, en el arbitraje de inversión se pueden dar conflictos de intereses entre los árbitros y alguna de las partes litigantes, por actividades privadas que hayan realizado previamente a su función como árbitro, de manera que quede afectada su capacidad para desempeñar su función con la independencia e imparcialidad propia del derecho al debido proceso. De ahí la existencia del mecanismo de recusación de los árbitros que prevé la normativa CIADI (art. 57 del Convenio CIADI). Asimismo, el Proyecto de código de conducta para decisores que participen en los procesos de solución de controversias internacionales relativas a inversiones, en el que están trabajando la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el CIADI, prevé la obligación de los miembros del órgano arbitral de revelar circunstancias que puedan provocar un conflicto de interés (art. 10)¹³. Además, las nuevas Reglas de Arbitraje del CIADI en vigor desde el 1 de julio de 2022 regulan expresamente la notificación de la financiación por parte de terceros de un procedimiento (Regla 14).

¹¹ Sobre el trabajo de la OCDE en la lucha contra la corrupción véase: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/> Esta Convención define el delito de cohecho, en su art. 1.1. como: «...que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales».

¹² CIADI, *Documento actualizado de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo Administrativo del CIADI*, de 5 de mayo de 2016, p. 68, párr. 97.

¹³ Secretariado CIADI y CNUDMI, A/CN.9/WG.III/WP.216, *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). Proyecto de código de conducta*, 5 de julio de 2022.

16. Estas disposiciones, que promueven la transparencia en el arbitraje de inversiones, contribuyen a prevenir o desalentar conductas que puedan calificarse como corruptas en un momento dado. De hecho, medidas similares están contempladas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, dedicadas al código de conducta de los funcionarios públicos, que prevén la necesidad de que revelen circunstancias que puedan causar un conflicto de interés (art. 8.5)¹⁴, medida que también se prevé respecto al sector privado (art. 12.2. b)¹⁵.

17. A la luz del ámbito de aplicación de estos tratados y del amplio número de Estados que los han ratificado pertenecientes a diferentes regiones y con sistemas jurídicos distintos, difícilmente se puede negar que exista un consenso de la sociedad internacional sobre los graves perjuicios que provoca la corrupción, entre ellos, para garantizar la competencia leal en el mercado, promover el pleno desarrollo económico y social de los Estados y el respeto de los derechos humanos y asegurar la buena administración de justicia, así como sobre la necesidad de erradicarla¹⁶.

18. La aplicación de estas normas por los Estados contribuye a crear entornos estables y seguros que inviten a las empresas transnacionales a invertir. Aunque cualquier negocio implica un riesgo, sería contrario a la lógica que los inversores no buscaran entornos que garantizaran seguridad a su inversión. La ratificación de estas normas internacionales por los Estados es un indicador de su compromiso con la protección de la inversión extranjera, factor que los inversores tendrán en cuenta a la hora de invertir en un determinado país, aunque en ocasiones, como veremos, sigan produciéndose irregularidades que provocan conflictos entre inversor y Estado y que se dilucidan ante foros internacionales, como el CIADI; y es aquí donde analizamos en qué medida el arbitraje internacional puede proteger los intereses legítimos de las partes (tanto del Estado huésped como del inversor extranjero) frente a prácticas corruptas, con independencia de las medidas judiciales que se puedan emprender en el seno de los Estados involucrados (del Estado huésped o del Estado del que sea nacional el inversor) conforme a su normativa interna y a la normativa internacional que hayan ratificado.

2. La relación entre la corrupción y las inversiones internacionales

19. La intensificación de las relaciones económicas internacionales, aunque ha contribuido al desarrollo económico y social de los Estados, también ha generado un contexto propicio para expandir la corrupción más allá de las fronteras estatales. Las grandes corporaciones en sectores como el petróleo, el gas o la minería buscan invertir en otros Estados donde poder acceder a fuentes más abundantes de recursos naturales o cuya legislación les imponga menos trabas para el desarrollo de su negocio.

20. Algunos de los Estados con mayores fuentes de recursos naturales se encuentran en vías de desarrollo o son Estados con democracias frágiles y problemas de gobernanza sistémicos. El problema reside en que, como afirma el Banco Mundial, «la corrupción se da en todo el mundo, pero su incidencia suele ser mayor en países con instituciones débiles y que a menudo se ven afectados por la fragilidad y los conflictos»¹⁷. Además, si las consecuencias de la corrupción son negativas para cualquier Estado,

¹⁴ Art. 8.5. «Cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos».

¹⁵ Art. 12.2. b) «Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado».

¹⁶ Así lo han corroborado algunos órganos arbitrales: *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán* (Caso CIADI N° ARB/10/3), Laudo de 4 de octubre de 2013, párrs. 290-291.

¹⁷ Banco Mundial, *Datos básicos: la lucha contra la corrupción*, 9 de febrero de 2020, ver <https://www.bancomundial.org/es/news/factsheet/2020/02/19/anticorruption-fact-sheet>

pues la corrupción distorsiona la competencia y los precios, impide el desarrollo económico sostenible de los Estados y las empresas y desincentiva la inversión, entre otros efectos, para los Estados en vías de desarrollo los perjuicios se incrementan. En este sentido, la OCDE afirma que «la corrupción en la adjudicación de contratos tiene costos sociales, políticos, ambientales y económicos, que ningún país puede ignorar»¹⁸. Además, «existen serias consecuencias cuando los servidores públicos toman sobornos al adjudicar contratos a negocios extranjeros para servicios públicos como caminos, agua o electricidad»¹⁹, pero señala que «un cohecho de un millón de dólares puede escalar a una pérdida de cien millones de dólares en un país asolado por la pobreza, porque los proyectos arruinados e inadecuada inversión socavan los planes de desarrollo»²⁰.

21. Según el «Índice de Percepción de la Corrupción en el sector público» del año 2021 elaborado por la ONG *Transparencia Internacional*, se observa que los Estados con mayor nivel de corrupción están situados en el África subsahariana, en Oriente Medio y Norte de África y en Europa del Este y Asia Central²¹. Algunos de estos Estados cuentan con democracias muy frágiles o con regímenes autoritarios²². En ciertos casos, son Estados que han estado o están sumidos en guerras civiles que les han conducido a la condición de Estados fracasados (Somalia, Yemen o República Democrática del Congo)²³. Asimismo, otros Estados que se encuentran a la cola en niveles de corrupción, situados en otras regiones del planeta, comparten alguna de estas características (Venezuela o Corea del Norte).

22. Por lo tanto, no debe extrañar que en estos contextos de inestabilidad política y precariedad económica surjan conflictos entre los gobiernos de los Estados receptores de la inversión y las empresas inversoras extranjeras en algún momento de la vida de la inversión. El CIADI ofrece un foro adecuado para dilucidar este tipo de controversias en materia de inversiones internacionales. En el año 2021, el CIADI conoció un récord de casos desde el primero que se planteó en 1972, con un total de 66 nuevos casos registrados en virtud del Convenio del CIADI y del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI a fecha 31 de diciembre de 2021²⁴.

23. Si atendemos a la distribución geográfica de todos los casos registrados a 30 de junio de 2022²⁵, observamos que la mayoría de las demandas de inversores se han planteado contra Estados situados, en primer lugar, en Europa Oriental y Asia Central, en segundo lugar, en América del Sur y,

¹⁸ OCDE, *La Convención Anticohecho de la OCDE y el Grupo de Trabajo sobre Cohecho*, p. 1. Véase todo el trabajo de la OCDE en esta materia en <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/>

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

²¹ Atendiendo a la nota media obtenida por región. *International Transparency, Corruption Perception Index 2021*, disponible en <https://www.transparency.org/es/news/cpi-2021-highlights-insights>

²² Según el «Índice de Democracia Global de 2021», elaborado por *The Economist Intelligence Unit*, la puntuación más baja en niveles de democracia corresponde (de menor a mayor puntuación) a Afganistán, Myanmar, Corea del Norte, República Democrática del Congo y República Centroafricana. Véase https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2021/#mktoForm_anchor

²³ La doctrina señala que no existe una definición consensuada de Estado débil o fracasado en el Derecho Internacional; una posible definición de Estado fracasado sería: «se entiende por Estado fracasado, frente al estándar del Estado sostenible, aquél que no ejerce un control efectivo y que ha perdido el monopolio del uso legítimo de la fuerza sobre parte de su territorio, porque se desafía o suplanta su autoridad por medios violentos». Además, se señala otro elemento necesario: «el Estado fracasado no proporciona a su población los servicios públicos básicos, en particular no garantiza el imperio de la ley (*the rule of law*) ni la seguridad, la sanidad y educación públicas y las infraestructuras mínimas»; en cambio, un «Estado débil» sería: «un Estado débil, frente al estándar del Estado sostenible, es aquel que padece un proceso de deterioro político y socioeconómico que merma la gobernabilidad y le impide proporcionar un estándar mínimo de servicios públicos básicos». C. JIMÉNEZ PIERNAS, «Estados débiles y Estados fracasados», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV/2, 2013, 11-49, pp. 19 y 21. Para conocer el grado de «fragilidad o debilidad» de los Estados en 2021, consúltese el índice de Estados débiles (*Fragile States Index*), elaborado por la organización *Fund for Peace*. En 2021, encabezaban el ranking Yemen, Somalia, Siria, Sudán del Sur y República Democrática del Congo, en <https://fragilestatesindex.org/excel/>

²⁴ CIADI, *Carga de Casos del CIADI-Estadísticas*, edición 2022-1, p. 8.

²⁵ Nos basamos en el documento más reciente publicado sobre la *Carga de Casos del CIADI-Estadísticas*, edición 2022-2, que contabiliza los casos hasta el 30 de junio de 2022.

en tercer lugar, en el África subsahariana²⁶. Como hemos indicado anteriormente, en estas regiones, se encuentran algunos de los Estados con mayor nivel de corrupción del mundo, por lo tanto, entendemos que existe una relación de causalidad entre el nivel de corrupción y el número elevado de arbitrajes en los que se encuentran involucrados estos Estados y en cuyo marco alguna de las partes ha alegado la comisión de prácticas corruptas en la inversión.

III. Las alegaciones de corrupción en la inversión en los arbitrajes ante el CIADI

24. La corrupción en la inversión internacional puede producir diferentes efectos jurídicos en los procesos arbitrales internacionales según quien formule esta alegación. Debe tenerse en cuenta, como premisa básica, que el CIADI no es una jurisdicción penal en la que se exige responsabilidad individual al inversor o al agente público involucrados en una práctica corrupta constitutiva de un delito, sino un mecanismo de solución de controversias internacionales en materia de inversiones y, por tanto, su función principal es velar por la protección de la inversión y, en su caso, ordenar una reparación por los daños causados al inversor. Por lo tanto, en este estudio, nos centramos en las alegaciones de corrupción como estrategia procesal en litigios sustanciados ante el CIADI y las consecuencias jurídicas que producen en caso de ser estimadas.

25. Por un lado, estas alegaciones pueden tener una consecuencia sobre la protección sustantiva que los tratados y otras normas de DI brindan a las partes; por otro, estas alegaciones tienen consecuencias procesales sobre la protección que ofrecen los órganos jurisdiccionales internacionales competentes para aplicar dichas normas.

1. La vertiente procesal de la corrupción: la imposibilidad de acudir ante el CIADI

26. El primer efecto que puede producir la comisión de un acto de corrupción en la inversión recae sobre la jurisdicción del CIADI para conocer de un determinado asunto. Los APPRI y otros tratados que fomentan las inversiones internacionales de carácter multilateral suelen contener cláusulas compromisorias, donde las partes acuerdan el foro competente para resolver las potenciales controversias que surjan sobre la inversión realizada.

27. Conforme a la naturaleza de la justicia internacional, el recurso al arbitraje internacional es facultativo y consensual, por tanto, es necesario el consentimiento de las partes para poder someter una controversia a este medio jurisdiccional (competencia *ratione voluntatis*). En concreto, para poder acudir al CIADI se deben cumplir tanto los requisitos objetivos previstos en el Convenio CIADI (art. 25), como norma procesal aplicable al procedimiento complementada por los reglamentos del CIADI; como las condiciones previstas en la norma sustantiva reguladora de la inversión (el APPRI o tratado multilateral de inversiones)²⁷.

²⁶ CIADI, *Carga de Casos del CIADI-Estadísticas*, edición 2022-2, p. 12.

²⁷ La ausencia de consentimiento válido se puede alegar como objeción a la jurisdicción del Centro y a la competencia del órgano arbitral. En *Fábrica de Vidrios Los Andes C.A. & Owens Illinois de Venezuela, C.A. c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/12/21), Laudo de 13 de noviembre de 2017, el Tribunal estimó esta objeción a la jurisdicción *ratione voluntatis* planteada por Venezuela, ya que Venezuela había denunciado el Convenio CIADI, por lo que la cláusula arbitral contenida en el APPRI celebrado entre Venezuela y los Países Bajos (firmado el 22-10-1991), que era la base de la jurisdicción del CIADI en este caso, quedaba sin efecto. El órgano arbitral declaró: «*The Tribunal thus rejects the Claimants' contention that Venezuela's consent to ICSID arbitration in Article 9(1) of the BIT is impervious to Venezuela's actions taken in respect of its obligations under the ICSID Convention. ICSID arbitration is only available if the conditions for access to ICSID arbitration in the investment treaty and the ICSID Convention have been satisfied. That is a proposition that is universally accepted in the jurisprudence and is accepted by the parties in the present case. It is a proposition that follows inexorably from the fact that the BIT and the ICSID Convention are two separate legal instruments in international law. The fact that each Contracting Party to the BIT gave its "unconditional consent" to ICSID arbitration in Article 9(4) is not the end of the inquiry because the Contracting Parties to the BIT cannot in that instrument alter the status or scope of their rights and obligations as Contracting States to the ICSID Convention as a multilateral*

28. Así, ha sido habitual que los Estados hayan alegado que la inversión se había formalizado gracias a un acto calificado como soborno o cohecho como objeción a la jurisdicción del Centro frente a demandas presentadas por los inversores. En caso de que el órgano arbitral acepte esta alegación, no procedería examinar el fondo del asunto, pues se declararía incompetente para conocer de la demanda.

29. Esta excepción preliminar ha encontrado su fundamento en el «concepto de inversión» que a menudo prevén los APPRI, en los que se establece expresamente que la inversión debe realizarse «conforme al derecho del Estado receptor» (cláusulas de legalidad de la inversión)²⁸, lo que afectaría a la competencia *ratione materiae* del órgano arbitral, pero además interpretado en relación con el *consentimiento* de las partes para someter la controversia al CIADI, afectando a la competencia *ratione voluntatis*.

30. El razonamiento que subyace a la inadmisión de una demanda por esta causa es bien sencillo. En los casos examinados, se ha incluido la condición de que la inversión se realice conforme a las leyes internas del Estado receptor²⁹ en la propia definición de inversión establecida en el APPRI aplicable a la controversia, por lo que si la inversión se hubiere realizado contraviniendo dichas normas, no puede considerarse propiamente una inversión en los términos del APPRI y, por tanto, el inversor no puede beneficiarse de la protección que le atribuye el tratado de inversión, incluyendo la posibilidad de acudir al órgano de solución de controversias que prevea el tratado³⁰. Respecto al vicio del consentimiento, se interpreta que el Estado no ha prestado su consentimiento a someter de la controversia al órgano decisor, pues solo accedió a ello en el caso de inversiones lícitamente formalizadas.

31. Los Estados, como sujetos soberanos, pueden limitar el ámbito de aplicación del tratado de inversión a determinadas controversias, por ejemplo, exigiendo que la inversión se realice conforme a la legislación del Estado huésped. Así lo confirmó el órgano arbitral en *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador*:

Los Estados utilizan múltiples mecanismos con el objeto de limitar la aplicación de los acuerdos de protección recíproca de inversiones que suscriben. Uno de los más comúnmente empleados se refiere a la denominada “cláusula de conformidad con las leyes del Estado receptor”³¹.

*instrument. (...) The basic point is that the conditions for resorting to ICSID arbitration are set out in two separate and wholly independent international legal instruments and both must be satisfied for the Tribunal to have jurisdiction in this case», párrs. 261-262. Interesa también señalar la aclaración del órgano arbitral para determinar su competencia, en *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, párr. 173: «Por lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje afirma que para la formación del consentimiento al que se refiere el Artículo 25 del Convenio CIADI no basta con que se acredite que el Estado huésped de una inversión ha celebrado un acuerdo de protección recíproca a la inversión. Es necesario, además, que la controversia de que se trate se encuentre comprendida dentro de los alcances del consentimiento otorgado por las partes signatarias de dicho acuerdo». Además, el Tribunal señaló que, para determinar cuál era el alcance del consentimiento que otorgaron las partes y, por ende, qué controversias consintieron en someter a la jurisdicción del CIADI, se guiaba por tres principios establecidos por la práctica arbitral: a) La ausencia de presunciones a favor o en contra de la jurisdicción; b) La identificación de la voluntad de los Estados Contratantes; y c) La interpretación según el principio de buena fe. Ver párr. 175 del mismo caso.*

²⁸ Art. 1 del APPRI celebrado entre Alemania y Filipinas (firmado el 18-04-1997): «The term “investment” shall mean any kind of asset accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting State, and more particularly, though not exclusively: (...)». Su art. 2 reza: «Each Contracting State shall promote as far as possible investments in its territory by investors of the other Contracting State and admit such investments in accordance with its Constitution, laws and regulations as referred to in Article 1 paragraph 1. Such investments shall be accorded fair and equitable treatment».

²⁹ Incluso aunque no estuviese previsto expresamente en el tratado de inversión, se podría invocar la doctrina de las manos limpias o el orden público transnacional, como en *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* (Caso CIADI N° ARB/03/24), Laudo de 27 de agosto de 2008, párr. 138. En este apartado abordamos exclusivamente los argumentos basados en una cláusula expresa de legalidad prevista en los APPRI u otros tratados de inversión, como una estrategia procesal más para combatir la corrupción en las inversiones extranjeras.

³⁰ En *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, párrs. 187-188, el órgano arbitral indicó que el requisito de la legalidad de la inversión podía estar incluido también en los artículos que regulaban el ámbito de protección del APPRI de que se trate, en lugar de en la cláusula que contiene la definición de inversión; o incluso en el capítulo relativo a la «Promoción y Admisión».

³¹ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, párr. 185.

32. En *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán*, el Estado planteó una objeción a la jurisdicción basada en la ilegalidad de la inversión conforme a las leyes de Uzbekistán, pues la empresa había conseguido la aprobación de su inversión por medio de sobornos y otras conductas ilícitas³². El APPRI entre Israel y Uzbekistán (firmado el 04-07-1994) aplicable a la inversión, contemplaba en la definición de «inversión» la condición de que la inversión se debía realizar conforme a las leyes del Estado huésped (art. 1.1. del APPRI)³³, incluyendo las leyes que prohibían la corrupción³⁴.

33. El órgano arbitral concluyó que los pagos realizados a tres funcionarios públicos eran sobornos que constituían infracciones de las leyes nacionales y, por ello, esta inversión no se había realizado conforme a las leyes uzbekas (art. 1.1 del APPRI). En consecuencia, puesto que el consentimiento dado por el Estado para el arbitraje (art. 8.1 del APPRI) se limitaba a inversiones lícitas, en ausencia de consentimiento válido, el **órgano arbitral carecía de competencia *ratione voluntatis*** para conocer del asunto (art. 25.1 Convenio CIADI)³⁵. Por ello, no procedió a pronunciarse sobre las cuestiones de fondo relativas a la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento del APPRI.

34. Puesto que el órgano arbitral llegó a su conclusión sobre la base de una falta de consentimiento válido de acuerdo con el APPRI y el Convenio CIADI, conviene destacar que el órgano arbitral identificó en el art. 25.1 del Convenio CIADI los cuatro requisitos objetivos para determinar la jurisdicción del Centro y descartó que el cumplimiento de las leyes del Estado huésped o la buena fe para formalizar la inversión fueran elementos objetivos de la definición de inversión a efectos de determinar la jurisdicción del Centro conforme al art. 25.1 de Convenio CIADI, manifestando su expresa oposición a otros precedentes arbitrales³⁶. Ahora bien, también señaló que las partes en un APPRI podían limitar su protección al cumplimiento de su normativa nacional³⁷ y dependiendo de la letra del tratado, este límite podía excluir la controversia de la jurisdicción del CIADI, despojando a la inversión de la protección procesal que preveía el tratado, o constituir una defensa frente al fondo del asunto, es decir, desproveer a la inversión de la protección sustantiva del APPRI, enfoques que mantenemos en este estudio³⁸.

35. Así, el órgano arbitral primero constató que los pagos realizados por la empresa a los tres consultores supuestamente contratados para prestar unos servicios que no pudo demostrar constituían sobornos contrarios a la ley uzbeka y al requisito de legalidad de la inversión del art. 1.1. del APPRI; y, segundo, concluyó que el art. 8.1 del APPRI limitaba el sometimiento al CIADI de controversias relativas a «inversiones», entendiendo la inversión en los términos del art. 1.1 del APPRI, es decir, una inversión lícita. Por lo tanto, el consentimiento del Estado estaba viciado y, por ende, no cumplía el requisito del consentimiento exigido en el art. 25.1 del Convenio CIADI³⁹.

³² *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán* (Caso CIADI N° ARB/10/3), Laudo de 4 de octubre de 2013, párrs. 110 y 129.

³³ Art. 1.1. del APPRI: «The term “investments” shall comprise any kind of assets, implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made, including, but not limited to: (...)».

³⁴ *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán* (Caso CIADI N° ARB/10/3), Laudo de 4 de octubre de 2013, párr. 165: «It is not contested that the provisions of Uzbek law prohibiting corruption fall within the subject-matter scope of the legality requirement contained in Article 1(1) of the Treaty. The Tribunal agrees with this view».

³⁵ *Ibid.*, párrs. 372-374. El demandante también alegó incumplimientos de ciertas normas internas sobre inversiones extranjeras, pero el órgano arbitral no encontró en ellas base para la jurisdicción de CIADI.

³⁶ *Ibid.*, párr. 127.

³⁷ En el mismo sentido, *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, párr. 190.

³⁸ *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán* (Caso CIADI N° ARB/10/3), Laudo de 4 de octubre de 2013, párr. 127: «(...) In the Tribunal’s view, the Contracting Parties to an investment treaty may limit the protections of the treaty to investments made in accordance with the laws and regulations of the host State. Depending on the wording of the investment treaty, this limitation may be a bar to jurisdiction, i.e. to the procedural protections under the BIT, or a defense on the merits, i.e. to the application of the substantive treaty guarantees. Similarly, a breach of the general prohibition of abuse of right, which is a manifestation of the principle of good faith, may give rise to an objection to jurisdiction or to a defense on the merits. This does not mean that these elements are part of the objective definition of the term “investment” contained in Article 25(1) of the ICSID Convention».

³⁹ *Ibid.*, párr. 373: «Uzbekistan’s consent to ICSID arbitration, as expressed in Article 8(1) of the BIT, is restricted to disputes “concerning an investment.” Article 1(1) of the BIT defines investments to mean only investments implemented in

36. No obstante, a pesar de que el inversor no pudo obtener la protección del CIADI por haber incurrido en un acto ilícito, el órgano arbitral tuvo en cuenta la participación del Estado, implícita a todo acto de corrupción, en la imposición de las costas y gastos del Centro. Así, a pesar de que el Estado había vencido en sus pretensiones, decidió distribuir las costas y gastos a partes iguales, como una medida para «sancionar» también al Estado por su conducta:

More important, the Tribunal's determination is linked to the ground for denial of jurisdiction. The Tribunal found that the rights of the investor against the host State, including the right of access to arbitration, could not be protected because the investment was tainted by illegal activities, specifically corruption. The law is clear – and rightly so – that in such a situation the investor is deprived of protection and, consequently, the host State avoids any potential liability. That does not mean, however, that the State has not participated in creating the situation that leads to the dismissal of the claims. Because of this participation, which is implicit in the very nature of corruption, it appears fair that the Parties share in the costs⁴⁰.

37. Interesa destacar un matiz importante planteado en este caso por la empresa demandante en cuanto a la formalización de la inversión, del que puede depender la interpretación de la cláusula de legalidad por el órgano arbitral y el pronunciamiento sobre su jurisdicción.

38. La empresa alegó que el tribunal tenía jurisdicción para conocer del asunto, pues el requisito de legalidad del APPRI debía interpretarse en el sentido de que el CIADI no tenía jurisdicción cuando la ilicitud se producía en el momento de formalizar o establecer la inversión, no cuando la ilicitud se cometía durante la operatividad o la gestión de la inversión⁴¹. Por el contrario, el Estado defendió que la falta de jurisdicción se extendía al momento en que se *implementaba* la inversión, entendiéndose por tal, cuando la inversión *se realiza y se opera* contraviniendo la ley uzbeka⁴².

39. En efecto, el art. 1.1. del APPRI utiliza el término «*implemented*» («*The term “investments” shall comprise any kind of assets, implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made, ...*»). El órgano arbitral interpretó este concepto en su contexto, llegando a la conclusión de que el APPRI exigía el cumplimiento de la legalidad en el momento en que se realiza la inversión, sin indicar si la inversión debe ser gestionada posteriormente de forma lícita⁴³.

40. Esta interpretación genera cierta incertidumbre, pues conforme a ella, cabe inferir que las cláusulas de legalidad contenidas en los APPRI quedarían circunscritas al cumplimiento de la legalidad en el momento inicial de la inversión, pero no se exigiría una vez que el negocio se encuentre operativo, al menos a los efectos de plantear una controversia ante el CIADI y decidir sobre la jurisdicción del Centro en la fase preliminar del proceso. Como fruto de la voluntad de los Estados, estos pueden disponer condiciones más estrictas o específicas en las cláusulas del APPRI para limitar su ámbito de aplicación, pero resulta habitual la fórmula anterior, en la que se emplea el verbo «*made*» **en relación con la inversión, como se observa**, entre otros, en *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, sustanciado al calor del APPRI celebrado entre Alemania y Ghana (firmado el 24-02-1995).

compliance with local law. Accordingly, the present dispute does not come within the reach of Article 8(1) and is not covered by Uzbekistan's consent. This means that this dispute does not meet the consent requirement set in Article 25(1) of the ICSID Convention. Accordingly, failing consent by the host state under the BIT and the ICSID Convention, this Tribunal lacks jurisdiction over this dispute».

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 422.

⁴¹ *Ibid.*, párr. 107.

⁴² *Ibid.*, párr. 110.

⁴³ *Ibid.*, párr. 193: «*In summary, on the basis of its reading of Article 1(1) taken in its context, the Tribunal concludes that the term “assets implemented” refers to the time when the investment was made. In other words, the Treaty requires that the investment must be legal when it is initially established. Article 1 simply does not address whether or not the investment must be operated lawfully after it is in place».*

41. Esto puede reducir las expectativas de que los negocios internacionales se desarrollen de manera transparente y limpia y no den lugar a prácticas de corrupción en el Estado huésped una vez instalada la empresa extranjera, como sucedió, por ejemplo, en *World Duty Free Company Limited c. Kenia*, en el que la controversia con el Gobierno keniano surgió durante la vida de la inversión, en concreto, a la hora de prorrogar la licencia concedida inicialmente para operar. No obstante, en casos en los que la conducta ilícita se produce durante la vida de la inversión, se podría tratar como una cuestión de fondo, para decidir si hubo violación por el Estado de las obligaciones sustantivas del APPRI, por ejemplo, de la obligación de brindar un trato justo y equitativo a la inversión, como explicaremos posteriormente, y tenerse en cuenta a la hora de determinar la reparación que merece el inversor⁴⁴. De hecho, en *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, el órgano arbitral señaló:

The Tribunal considers that a distinction has to be drawn between (1) legality as at the initiation of the investment (“made”) and (2) legality during the performance of the investment. Article 10 legislates for the scope of application of the BIT, but conditions this only by reference to legality at the initiation of the investment. Hence, only this issue bears upon this Tribunal’s jurisdiction. Legality in the subsequent life or performance of the investment is not addressed in Article 10. It follows that this does not bear upon the scope of application of the BIT (and hence this Tribunal’s jurisdiction) – albeit that it may well be relevant in the context of the substantive merits of a claim brought under the BIT. Thus, on the wording of this BIT, the legality of the creation of the investment is a jurisdictional issue; the legality of the investor’s conduct during the life of the investment is a merits issue. (...)»⁴⁵.

42. Así, en este caso, el Tribunal aclaró que si la conducta fraudulenta se cometió en el momento en que se realizó la inversión, era una cuestión de jurisdicción y si se perpetró durante el desarrollo de la inversión, debía tenerse en cuenta en la fase de fondo:

In order to ascertain jurisdiction, the only question here is whether Hamester perpetrated a fraud, and thereby procured the signing of the JVA (as was the case, for example, in Inceysa v. El Salvador, where the contract was procured through fraudulent misrepresentation). If the JVA was obtained on the basis of fraud, it is an illegal investment that does not benefit from the protection of the ICSID/BIT mechanism. However, the question whether fraudulent behaviour has been committed during the performance of the joint-venture is a different issue that has to be taken into account when judging the merits of the dispute»⁴⁶.

43. Posteriormente, en *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán*⁴⁷, el APPRI celebrado entre Australia y Pakistán (firmado el 07-02-1998), aplicable a la controversia, contenía una cláusula de legalidad que sometía la formalización de la inversión a la conformidad con la normativa interna del Estado (art. 1.1.a) del APPRI): «“investment” means every kind of asset, owned or controlled by investors of one Party and admitted by the other Party subject to its law and investment policies applicable from time to time...». Asimismo, el preámbulo del APPRI reforzaba esta condición al declarar que: «...investments of investors of one Party in the territory of the other Party would be made within the framework of the laws of that other Party»⁴⁸.

44. La empresa alegó la denegación injustificada de una licencia para la exploración y explotación de minerales en una zona del territorio pakistaní, llamada Reko Diq, en el Distrito de Balochistan, rica en oro y cobre, en favor de otro proyecto del Gobierno de Balochistan que supuestamente se

⁴⁴ Sobre esta posibilidad, cuando la conducta incorrecta del inversor se produce tras el establecimiento de la inversión, véase F. PASCUAL-VIVES, *La legitimación activa del individuo en el arbitraje de inversión*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2019, párrs. 130-134.

⁴⁵ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana* (Caso CIADI N° ARB/07/24), Laudo de 18 de junio de 2010, párr. 127.

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 129.

⁴⁷ En *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), Laudo de 12 de julio de 2019.

⁴⁸ Sobre la utilidad del preámbulo de los APPRI para interpretar sus disposiciones, afirmaba el órgano arbitral en *Desert Line Projects LLC c. Yemen* (CIADI N° ARB/05/17), Laudo de 6 de febrero de 2008, párr. 100: «The preamble of the BIT (which under the customary-law rules codified in the Vienna Convention of the Law of Treaties may legitimately be taken into account in construing the terms of the BIT)...».

aprovechó del estudio de viabilidad realizado previamente por *Tethyan Copper Company Pty Limited (TCC)*⁴⁹. La autoridad competente rechazó la solicitud de la licencia por estar incompleta⁵⁰, decisión que fue recurrida por la empresa en vía administrativa, pero sin resultado positivo. Por ello, *TCC* presentó una demanda en 2011 en el CIADI contra Pakistán por incumplimiento del APPRI, en particular, por no brindar un trato justo y equitativo a su inversión, haber sido expropiada sin la debida compensación y por falta de protección y seguridad plenas a su inversión. Por su parte, Pakistán presentó una demanda reconvenzional con carácter subsidiario, es decir, solo en caso de que el Tribunal confirmara su jurisdicción y la admisibilidad de las reclamaciones del inversor. La demanda reconvenzional se fundamentaba en la supuesta violación de su ley interna por parte de la empresa al realizar su inversión, por tanto, no cumplía el requisito de admisibilidad de la inversión conforme al art. 1.1. del APPRI que contiene la definición de «inversión» y la condición del cumplimiento de la legalidad. El Tribunal desestimó esta alegación, pues el art. 1.1. del APPRI no imponía *per se* una obligación jurídica al inversor:

*As per its lead-in, Article 1(1)(a) defines the term “investment” for the purposes of the Treaty, but such definition in itself does not give rise to an obligation of either the Contracting Parties or the investor. An investment that violates the host States laws and investment policies and thus does not fulfill the admission requirement is not an “investment” for the purposes of the Treaty and is thus not subject to the standards of protection under the Treaty. Therefore, the non-fulfillment can be invoked by the host State as a defense against claims of the investor based on a violation of any standard of protection; however, it cannot give rise to a liability of the investor for a loss of opportunity as Respondent claims*⁵¹.

45. Sin embargo, durante el proceso, bifurcado en una primera fase de jurisdicción y responsabilidad y una segunda fase sobre la cuantificación de los daños, Pakistán descubrió nuevas pruebas de una supuesta corrupción que presentó tras la audiencia sobre jurisdicción y fondo y que el órgano arbitral examinó y resolvió en una decisión independiente sobre la admisibilidad de las reclamaciones del inversor⁵², lo que demuestra que la relevancia y gravedad de este tipo de alegaciones son tenidas en cuenta por los órganos arbitrales y, a pesar de presentarse en un momento muy tardío del procedimiento (cuando el Tribunal ya estaba redactando un borrador de su Decisión sobre jurisdicción y responsabilidad) justifican su examen⁵³. Pakistán alegó los actos de corrupción cometidos por la empresa para realizar su inversión a modo de sobornos a agentes públicos con tres objetivos: primero, como objeción a la jurisdicción del CIADI; segundo, como objeción a la admisibilidad de las reclamaciones del inversor; y, tercero, en caso de que el Tribunal decidiera que tenía jurisdicción y eran admisibles, como cuestión de fondo, pues el inversor no podía prevalerse de la protección sustantiva del APPRI. En relación con la jurisdicción, se basó en dos argumentos jurídicos que coinciden con la decisión del órgano arbitral en *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán*; primero, la inversión no cumplía con el requisito de legalidad del art. 1.1. del APPRI⁵⁴ en el momento en que se realizó; y, segundo, subsidiariamente, en caso de que el órgano arbitral entendiera que la inversión se realizó conforme a la legalidad, no existía un consentimiento válido por parte de Pakistán conforme al art. 25.1 del Convenio CIADI y a la cláusula de arbitraje del art. 13.3. del APPRI aplicable.

46. La argumentación de Pakistán pone manifiesto la interpretación de la cláusula de legalidad que coincide con la realizada en *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán*, conforme a la cual, la inversión debe cumplir con la legalidad en el momento en que se realiza, no durante su operatividad a efectos de la jurisdicción del CIADI. En este caso, el órgano arbitral no dio por probadas las alegaciones de corrupción, por lo que confirmó que tenía jurisdicción para resolver la controversia y las reclamaciones eran

⁴⁹ *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), *Decision on Jurisdiction and Liability*, 10 de noviembre de 2017, párr. 556 en relación con párrs. 540-547.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 513.

⁵¹ *Ibid.*, párr. 1445.

⁵² *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), *Decision on Respondent's Application to Dismiss the Claims (with Reasons)*, de 10 de noviembre de 2017.

⁵³ *Ibid.*, párr. 233. Véase *infra* sobre la presentación tardía de estas nuevas pruebas el apdo. IV.2.A.

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 192.

admisibles y se pronunció sobre el fondo del asunto declarando la responsabilidad de Pakistán por incumplimiento del APPRI⁵⁵. Interesa apuntar que el órgano arbitral habría tenido en cuenta la corrupción en la fase de cuantificación de daños de haber sido probada, como expresó en su Decisión⁵⁶.

47. Por otra parte, es importante señalar que el requisito de que la inversión se realice de conformidad con la legislación del Estado huésped no siempre se encuentra en la definición de «inversión» en los APPRI, sino en otras disposiciones. En *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador*, el órgano arbitral tuvo que recurrir a los trabajos preparatorios del APPRI celebrado entre El Salvador y España (antes citado) y a otras cláusulas contenidas en él (art. 2 «Promoción y Admisión» y art. 3 «Protección») para determinar que el consentimiento de El Salvador estaba limitado a las inversiones realizadas conforme a su legislación⁵⁷. En todo caso, el procedimiento seguido por el órgano arbitral para determinar que la controversia se encuentra amparada dentro del alcance del consentimiento prestado por el El Salvador en el APPRI es el mismo *mutatis mutandis*. Tras examinar estas disposiciones y los trabajos preparatorios del APPRI, el Tribunal concluyó que solo las inversiones lícitas podían verse protegidas por el APPRI y eran competencia del CIADI⁵⁸.

48. Asimismo, interesa destacar que, según este órgano arbitral, la inclusión de estas cláusulas de legalidad responde al reconocimiento y respeto de cierto orden público transnacional, como explicaremos posteriormente⁵⁹, pues como señaló este órgano arbitral:

(...) la inclusión de la cláusula “conforme a la legislación” en diversos artículos del APPRI es una clara manifestación del citado orden público internacional, que demuestra la clara y contundente intención de los Estados signatarios de excluir de su protección a las inversiones realizadas en contravención al derecho interno de cada uno de ellos⁶⁰.

49. Conviene finalizar mencionando que también puede haber tratados que contengan cláusulas que específicamente excluyan de la jurisdicción del CIADI o de otro foro de solución de controversias aquellas controversias que deriven de una inversión obtenida mediante prácticas corruptas⁶¹. Estas cláusulas son menos habituales, pero facilitan la labor del órgano decisor, pues no es necesario recurrir a una elaborada interpretación de otras disposiciones de la norma al ser esta más clara y precisa en cuanto a esta circunstancia, para llegar a la conclusión de que el Tribunal no es competente para conocer del asunto.

⁵⁵ *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), *Decision on Jurisdiction and Liability*, 10 de noviembre de 2017, párrs. 684-687.

⁵⁶ *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), *Decision on Respondent's Application to Dismiss the Claims (with Reasons)*, de 10 de noviembre de 2017, párr. 1499: «Respondent has not established any of its individual allegations of corruption that would be attributable to Claimant and that could have become relevant as potential contributory fault in the quantum phase that is now to follow».

⁵⁷ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, párr. 206.

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 203. En la misma línea, *Desert Line Projects LLC c. Yemen* (CIADI N° ARB/05/17), Laudo de 6 de febrero de 2008, párr. 104: «In State practice in the BIT area, the phrase “according to its laws and regulations” is quite familiar. Moreover, it has been well traversed by arbitral precedents, notably *Inceysa (Inceysa v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, 2 August 2006)* and *Fraport (Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, 16 August 2007)* which make clear that such references are intended to ensure the legality of the investment by excluding investments made in breach of fundamental principles of the host State's law, e.g. by fraudulent misrepresentations or the dissimulation of true ownership. No such illegality has been alleged, let alone proved, in this case».

⁵⁹ El fundamento basado en cierto orden público transnacional será abordado *infra* en el apdo. III.2.B. No obstante, ante la ambigüedad y divergencias en la definición de esta noción utilizada por los órganos arbitrales, entendemos que el concepto más adecuado a la idea de la existencia de unos valores y principios universales que rigen la conducta de los Estados en las relaciones entre ellos, en particular, en su forma de hacer negocios, es «orden público transnacional», en lugar de «orden público internacional» y, por tanto, será el concepto que utilizaremos a lo largo de este trabajo.

⁶⁰ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, párr. 246.

⁶¹ Por ejemplo, el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea, de 30 de octubre de 2016 (firmado, pero no en vigor), en su art. 8.18.3: «Para mayor seguridad, el inversor no podrá presentar una demanda con arreglo a la presente sección si la inversión se ha realizado mediante una declaración dolosa, ocultación, corrupción, o un comportamiento que equivalga a un recurso temerario».

2. La doble vertiente sustantiva de la corrupción: la responsabilidad internacional del Estado o la imposibilidad del inversor de invocar los derechos que le otorga el tratado de inversión

50. El segundo efecto que puede producir la alegación de corrupción en la inversión repercute en la responsabilidad del Estado huésped por incumplimiento de las obligaciones jurídicas sustantivas contraídas en los tratados de inversión, bilaterales o multilaterales, que ha celebrado con el Estado del que es nacional la empresa demandante. Conforme al DI consuetudinario sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, los hechos cometidos por órganos del Estado o personas que sin serlo tienen atribuidas funciones del poder público comprometen al Estado⁶², por lo tanto, la implicación de un agente público en un acto de corrupción podría considerarse un hecho ilícito atribuible al Estado⁶³.

51. En los arbitrajes de inversión, por un lado, los inversores demandantes pueden alegar actos de corrupción por parte de los agentes públicos del Estado huésped en los que no hayan participado directamente, pero se hayan visto perjudicados en su inversión, por ejemplo, porque la autoridad competente haya beneficiado a otro inversor al mediar un soborno u otro acto ilícito. En este supuesto, el Estado podría incurrir en el incumplimiento de la cláusula prevista generalmente en los APPRI y otras normas convencionales que contiene la obligación del Estado huésped de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión. Por otro lado, el inversor puede estar involucrado en el acto corrupto y aun así alegar esta circunstancia en el proceso ante el incumplimiento por el Estado huésped de alguna obligación jurídica contenida en el tratado aplicable a la inversión con el objetivo de reclamar una reparación. En este segundo supuesto, las consecuencias jurídicas para el inversor serían distintas, pues no podría prevalerse de la protección sustantiva del tratado de inversión.

A) La corrupción como un incumplimiento de la obligación de brindar un trato justo y equitativo a la inversión

52. Una de las obligaciones principales recogidas en los APPRI y otros tratados que fomentan las inversiones internacionales es la obligación de brindar un trato justo y equitativo a la inversión. Son numerosos los arbitrajes con fundamento en el incumplimiento de esta obligación que, sin embargo, no aparece definida en los tratados⁶⁴.

53. Los tribunales arbitrales han identificado varios componentes que conforman el contenido sustantivo del estándar de trato justo y equitativo como son la transparencia⁶⁵, la estabilidad y protección

⁶² Arts. 4 y 5 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

⁶³ Así, se infiere de la decisión del órgano arbitral en *EDF (Services) Limited c. Rumanía* (Caso CIADI N° ARB/05/13), Laudo de 8 de octubre de 2009, párr. 232: «*The burden of proof lies with the Claimant as the party alleging solicitation of a bribe. clear and convincing evidence should have been produced by the Claimant showing not only that a bribe had been requested from Mr. Weil, but also that such request had been made not in the personal interest of the person soliciting the bribe, but on behalf and for the account of the Government authorities in Romania, so as to make the State liable in that respect. (...)*». En otros casos, el Estado ha utilizado este argumento para defender su falta de responsabilidad en el acto de corrupción, en *World Duty Free Company Limited c. Kenya* (Caso CIADI N° ARB/00/7), Laudo de 4 de octubre de 2006, párr. 82: «*Kenya further contends that the claims submitted to the Tribunal "relate exclusively to a dispute between two individuals, Nasir Ibrahim Ali and Kamlesh Pattni, over ownership of World Duty Free"; this dispute was first brought before the Kenyan Courts and "no evidence has been presented to taint the ownership proceedings in Kenya with illegality". "Moreover, even if Mr. Ali were able to establish that the appointment of a receiver" by the Kenyan Court "was corruptly procured by Mr. Pattni, he has certainly presented no evidence to substantiate his allegation that, in doing so, Mr. Pattni was acting as an "agent" of the Government of Kenya". On this ground also, there has been no breach of contract by Kenya*».

⁶⁴ Sobre la interpretación de esta cláusula, véase A. PASTOR PALOMAR, «Protección de inversiones con conceptos indeterminados: el trato justo y equitativo en los APPRI celebrados por España», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVIII/1 (2006), pp. 271-287.

⁶⁵ *Emilio Agustín Maffezini c. España* (CIADI N° ARB/97/7), Laudo de 13 de noviembre de 2000, párr. 83.

de las legítimas expectativas del inversor⁶⁶; la buena fe⁶⁷ o la libertad de coerción y amenazas por el Estado huésped⁶⁸.

54. En este sentido, interpretamos que la inversión obtenida mediante un pago ilícito contraviene varios de los componentes del trato justo y equitativo, pues supone un acto contrario a la transparencia, estabilidad y protección de las legítimas expectativas del inversor; implica en muchos casos coerción y amenazas hacia el inversor para que acceda al pago de la suma exigida, lo que constituye, además, una falta manifiesta de buena fe por parte del Estado requirente.

55. Así, en *EDF c. Rumanía*, la empresa *EDF* invirtió en el desarrollo de espacios comerciales en diferentes aeropuertos de Rumanía, así como la prestación de servicios de *duty-free* a bordo mediante su participación en dos *joint-ventures* con dos empresas propiedad del Gobierno de este país. Según la empresa demandante, cuando su negocio demostró ser rentable, el Estado lo expropió injustificadamente. Este acto constituía una violación de diversas obligaciones previstas en el APPRI celebrado entre Reino Unido y Rumanía (firmado el 13-07-1995), entre ellas, la obligación de ofrecer un trato justo y equitativo a su inversión⁶⁹.

56. En el contexto de esta obligación, *EDF* adujo que se le denegó la extensión de su contrato para seguir prestando sus servicios en el Aeropuerto de Otopeni porque el Presidente y Director Ejecutivo de la empresa se negó a pagar la suma de 2,5 millones de dólares estadounidenses exigida por altos funcionarios del Primer Ministro Nastase⁷⁰. El órgano arbitral confirmó **que** el soborno constituía una violación del estándar de trato justo y equitativo, además de contravenir el «orden público internacional». Asimismo, la acción discrecional del Estado basada en un acto corrupto constituía también el incumplimiento de la transparencia y las legítimas expectativas del inversor:

The Tribunal shares the Claimant's view that a request for a bribe by a State agency is a violation of the fair and equitable treatment obligation owed to the Claimant pursuant to the BIT, as well as a violation of international public policy, and that "exercising a State's discretion on the basis of corruption is a [...] fundamental breach of transparency and legitimate expectations". The heart of Claimant's case is that the contractual arrangements at the Otopeni airport were not extended beyond their ten-years term because Mr. Weil refused to pay a USD 2.5 million bribe to secure the extension, that the request for a bribe was obvious bad faith by Respondent in negotiating an extension, and was clearly impossible to reconcile with the legitimate and reasonable expectation of Claimant⁷¹.

57. Finalmente, el órgano arbitral concluyó que, en este caso, el demandante no había satisfecho la carga de la prueba que le correspondía sobre el supuesto soborno exigido por los funcionarios del Gobierno rumano, por lo que no encontró, sobre esta base, un incumplimiento de la violación de brindar un trato justo y equitativo a su inversión.

⁶⁶ *EDF (Services) Limited c. Rumanía* (Caso CIADI N° ARB/05/13), Laudo de 8 de octubre de 2009, párr. 216. Asimismo, el órgano arbitral señaló más elementos en *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. España* (Caso CIADI N° ARB/13/30), Decisión sobre responsabilidad y sobre los principios de cuantificación de daños, párr. 260: «El Tribunal está convencido de que no asiste en nada citar la larga letanía de la jurisprudencia en la que los tribunales de inversión han intentado definir el estándar del TJE. Basta con afirmar que no cabe duda de que (i) la transparencia, (ii) la protección y la seguridad constantes, (iii) la no limitación, incluida (iv) la no discriminación y (v) la proporcionalidad y la razonabilidad, son elementos del TJE - y ciertamente así en virtud del TCE. Por lo tanto, en cualquier caso, sea que estos requisitos se incluyan de manera general en el TJE o no, deben ser cumplidos por el Demandado, ya que algunas de sus partes expresan las obligaciones del tratado en virtud del TCE. De manera similar, y si bien no se menciona expresamente en el Artículo 10(1), el Tribunal opina que el respeto a las expectativas legítimas del inversor está implícito en esta disposición y forma parte del estándar de TJE».

⁶⁷ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. México* (Caso CIADI N° ARB(AF)/00/2), Laudo de 29 de mayo de 2003, párrs. 153-154.

⁶⁸ *Desert Line Projects LLC c. Yemen* (CIADI N° ARB/05/17), Laudo de 6 de febrero de 2008, párrs. 192-194.

⁶⁹ *EDF (Services) Limited c. Rumanía* (Caso CIADI N° ARB/05/13), Laudo de 8 de octubre de 2009, párrs. 103-105.

⁷⁰ *Ibid.*, párrs. 69-72.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 221 [se omite nota al pie].

58. Como advertimos anteriormente, la corrupción perturba la competencia leal en el mercado, pues implica un acto arbitrario que conduce a un trato injusto y diferenciado de la inversión de quien ha cumplido con el procedimiento legalmente establecido en el Estado huésped para solicitar los permisos necesarios con el fin de ejercer su actividad. En caso de conocer que se ha producido un acto de esta índole, la empresa perjudicada puede acudir al CIADI alegando el incumplimiento de esta obligación como una forma no solo de proteger sus intereses, sino para defender el interés general de contar con un entorno estable y seguro donde invertir.

59. En *RSM Production Corporation y otros c. Granada*⁷², la demandante, la empresa *RSM Production Company* y sus tres únicos accionistas (en adelante, *RSM*), alegaron que el Senador G. Bowen, antiguo ministro de Energía y Viceprimer ministro de Granada, había aceptado sobornos y había otorgado una licencia para la exploración de hidrocarburos *offshore* a la empresa rusa *Global Petroleum Group Ltd.*, siendo este el motivo, supuestamente, por el que Granada denegó la licencia a *RSM*. La denegación de esta licencia vulneraba, según *RSM*, varias obligaciones contenidas en el APPRI celebrado entre Granada y Estados Unidos (firmado el 02-05-1986), entre ellas, la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a su inversión.

60. El origen de la controversia se encuentra en un acuerdo celebrado por escrito entre Granada y la empresa *RSM* para proceder a la exploración de petróleo y gas, celebrado el 4 de julio de 1996 (en adelante, el Acuerdo de 1996). Conforme a este Acuerdo, *RSM* debía solicitar la concesión de la licencia para esta actividad en el plazo de 90 días desde la fecha efectiva del Acuerdo. La empresa solicitó la licencia en abril de 2004 y poco después Granada se la denegó por estar fuera de plazo. Por este motivo, *RSM* decidió incoar un procedimiento arbitral contra Granada ante el CIADI que terminó mediante laudo de 13 de marzo de 2009 que desestimaba las reclamaciones de la empresa por entender que, en efecto, el plazo había expirado y, por tanto, Granada había dado por terminado el Acuerdo lícitamente⁷³.

61. Así, el caso que en este punto interesa (cuyo laudo se emitió en 2010) constituye un segundo procedimiento iniciado por *RSM* con un fundamento jurídico distinto, según la empresa, pues invocaba una norma jurídica diferente a la invocada en el caso de 2009, es decir, mientras que en 2009 las reclamaciones de la empresa se fundamentaron en el incumplimiento del Acuerdo de 1996, en este caso de 2010 invocó una violación del citado APPRI. Al mismo tiempo, *RSM* había incoado un procedimiento de anulación contra el laudo de 2009 que todavía se encontraba pendiente.

62. En el primer caso de 2009 las demandantes no plantearon formalmente las alegaciones sobre corrupción en la concesión de la licencia litigiosa porque, según ellas, la mayoría de las pruebas pertinentes las habían descubierto una vez iniciado el procedimiento, en la fecha de la audiencia celebrada en junio de 2007 o con posterioridad⁷⁴. Sin embargo, el órgano arbitral entendió que las demandantes contaban con suficientes pruebas de los actos de corrupción, puesto que incluso un año después del inicio del primer procedimiento, habían denunciado ante los tribunales internos de Nueva York la corrupción supuestamente cometida por el Senador Bowen⁷⁵.

63. Por su parte, el Estado planteó en su defensa una objeción a la jurisdicción del CIADI alegando falta de mérito jurídico de la reclamación (Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI)⁷⁶,

⁷² *RSM Production Corporation y otros c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/10/6), Laudo de 10 de diciembre de 2010.

⁷³ *RSM Production Corporation c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/05/14), Laudo de 13 de marzo de 2009, párr. 503.

⁷⁴ *RSM Production Corporation y otros c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/10/6), Laudo de 10 de diciembre de 2010, párr. 5.1.3, nota al pie núm. 28.

⁷⁵ *Ibid.*, párrs. 7.1.18, 7.1.24., 7.1.28.

⁷⁶ Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2006: «Salvo que las partes hayan acordado otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares, una parte podrá, a más tardar 30 días después de la constitución del Tribunal, y en cualquier caso antes de la primera sesión del Tribunal, oponer una excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación. La parte deberá especificar, tan precisamente como sea posible, el fundamento de su excepción. El Tribunal,

pues las cuestiones que planteaba *RSM* ya habían sido litigadas y resueltas por medio del laudo de 2009, por lo que conforme a los principios generales de estoppel y cosa juzgada un órgano arbitral no podía pronunciarse de nuevo sobre el mismo asunto⁷⁷.

64. El órgano arbitral finalmente desestimó la demanda de *RSM* acogiendo la objeción a la jurisdicción por falta de mérito jurídico, pues las cuestiones suscitadas por *RSM* ya habían sido dilucidadas en el primer procedimiento y las supuestas nuevas pruebas sobre corrupción se podían haber planteado durante aquel procedimiento, por lo tanto, reiteró las conclusiones sobre el fondo a las que llegó el Tribunal en el primer procedimiento.

65. Partiendo de estas conclusiones, el órgano arbitral aclaró, en cambio, cómo podría haber influido el supuesto soborno en el incumplimiento de la obligación de brindar un trato justo y equitativo. El primer Tribunal concluyó que el contrato entre Granada y *RSM* se había dado por terminado lícitamente, pues la empresa no cumplió los plazos establecidos. Este segundo Tribunal entendió que el trato justo y equitativo era un estándar objetivo, no subjetivo, por tanto, no era necesario probar la mala fe o la intencionalidad del Estado en las medidas adoptadas. Granada se acogió a sus derechos derivados del contrato (los plazos) para terminar el Acuerdo con *RSM* y ofrecérselo a la empresa competidora *Global Petroleum*. Por ello, el órgano arbitral afirmó que, aun habiendo mediado un soborno entre Granada y *Global Petroleum*, no pudo violar la obligación de brindar un trato justo y equitativo a la inversión de *RSM*, puesto que se amparó en sus derechos contractuales y no indujo en ningún sentido a *RSM* a no cumplir con el requisito temporal para presentar la solicitud:

In these circumstances, even if Grenada was motivated, by bribes, to offer its off-shore exploration rights to Global Petroleum, its reliance on its contractual rights to terminate the Agreement cannot be said to infringe the fair and equitable standard when Grenada had done nothing to induce RSM's failure to file its application within the time limits the parties had agreed⁷⁸.

66. Así, es esencial destacar la afirmación del órgano arbitral de que los sobornos, en caso de resultar probados, no constituyen por sí mismos un incumplimiento del APPRI (refiriéndose no solo al supuesto incumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo, sino también a la expropiación sin la debida compensación), sino que se debe probar que el Estado ha realizado determinadas acciones encaminadas a una licitación indebida que permitan observar un incumplimiento de las obligaciones del tratado internacional:

If proven, Claimants corruption allegations, would certainly show that certain Grenadian government officials had acted unlawfully under Grenadian and international law (the acceptance of a bribe being unlawful under both), but such unlawful behaviour, by itself, does not amount to a Treaty violation.

For Claimants to succeed on a claim for the violation of Treaty Articles II or III, they must allege that Grenada took active steps to do as it was improperly bidden (something more than simply relying on its contractual rights), which steps could amount to a breach of the Treaty. However, no such allegations are made⁷⁹.

después de dar a las partes la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la excepción, deberá, en su primera sesión o prontamente después, notificar a las partes su decisión sobre la excepción. La decisión del Tribunal será sin perjuicio del derecho de una parte a oponer una excepción conforme al párrafo (1) u oponer, en el curso del procedimiento, defensas de que una reclamación carece de mérito jurídico». Se advierte que el 1 de julio de 2022 entró en vigor una enmienda a los Reglamentos y Reglas del CIADI, entre ellos, a las Reglas de Arbitraje del CIADI y conforme al nuevo texto vigente, la falta manifiesta de mérito jurídico se regula con más detalle en una disposición expresa (Regla 41) y separada de otras excepciones preliminares (Regla 43), con un objetivo esencial que responde a la economía procesal y es resolver con mayor celeridad aquellas demandas frívolas e infundadas desde un principio y mejorar la eficiencia del procedimiento.

⁷⁷ *RSM Production Corporation y otros c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/10/6), Laudo de 10 de diciembre de 2010, párrs. 7.1.1-7.1.2. y 7.1.9-7.1.11.

⁷⁸ *Ibid.*, párr. 7.2.25.

⁷⁹ *Ibid.*, párrs. 7.2.6 y 7.2.7.

67. En suma, en los dos casos planteados el inversor ha alegado el acto de corrupción como una violación de la obligación de brindar un trato justo y equitativo a la inversión. Ambos casos han sido desestimados por cuestiones procesales; el primero, por no satisfacer el demandante la carga de la prueba de la corrupción; y el segundo, por entender que la misma cuestión ya había quedado resuelta en un procedimiento anterior. Sin embargo, de ambos casos se infiere que cuando la corrupción influye en la formalización de la inversión, es decir, si el Estado adopta medidas que perturban las condiciones legalmente previstas para realizar la inversión con el fin de favorecer a otro inversor, puede llegar a constituir un incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo que el inversor perjudicado puede alegar ante un órgano arbitral.

B) La corrupción como una práctica contraria al orden público *transnacional*

68. En segundo lugar, existen casos en los que los órganos arbitrales han entendido que la corrupción constituye una violación de cierto «orden público transnacional». No obstante, tanto el contenido de esta noción como su naturaleza jurídica en el sistema jurídico internacional son controvertidos, pues a pesar de que los órganos arbitrales han invocado cada vez con mayor frecuencia esta noción con el objetivo de fundamentar su decisión de desestimar reclamaciones basadas en inversiones obtenidas mediante conductas ilícitas (no solo corrupción, sino otro tipo de conductas fraudulentas), no aclaran, en cambio, su naturaleza jurídica.

69. En *EDF (Services) Limited c. Rumanía*, estudiado anteriormente, el órgano arbitral afirmó que la corrupción no solo era una violación de la obligación de brindar un trato justo y equitativo a la inversión, sino además una práctica contraria al orden público transnacional:

The Tribunal shares the Claimant's view that a request for a bribe by a State agency is a violation of the fair and equitable treatment obligation owed to the Claimant pursuant to the BIT, as well as a violation of international public policy, and that "exercising a State's discretion on the basis of corruption is a [...] fundamental breach of transparency and legitimate expectations" ⁸⁰.

70. Posteriormente, en *Churchill Mining Plc y Planet Mining Pty Ltd, c. Indonesia*, Indonesia no alegó corrupción, sino fraude y falsedad documental sobre las licencias de explotación minera y otras aprobaciones conexas que constituían la base de la inversión de las demandantes y solicitó al Tribunal que desestimara todas las reclamaciones de las Demandantes. El órgano arbitral advirtió que ni el Convenio CIADI ni los APPRI contenían disposiciones que regularan las conductas ilícitas en la inversión, más allá de ciertos requisitos de admisibilidad de la inversión en el momento de realizarse que afectan a la jurisdicción, como hemos explicado, y, por ello, debía recurrir a los principios generales del derecho para pronunciarse sobre las consecuencias jurídicas de la falsificación de documentos⁸¹. Tras analizar una extensa práctica arbitral en la que reiteradamente se afirmaba, con diferentes fundamentos, que los tribunales arbitrales no debían proteger una inversión realizada por medio de fraude u otras conductas ilícitas, destacó el principio general de buena fe y el abuso del proceso que deriva de la buena fe⁸², reconocidos generalmente en el DI como principios generales del derecho⁸³, y se refirió a la corrupción como

⁸⁰ *EDF (Services) Limited c. Rumanía* (Caso CIADI N° ARB/05/13), Laudo de 8 de octubre de 2009, párr. 221.

⁸¹ *Churchill Mining Plc and Planet Mining Pty Ltd, antes ARB/12/14 c. Indonesia* (Caso CIADI N° ARB/12/14 and 12/40), Laudo de 6 de diciembre de 2016, párr. 488.

⁸² *Ibid.*, párr. 491: «As the quotation of *Hamester* just illustrated, international tribunals have found fraudulent behavior to breach the principle of good faith, to constitute an abuse of right or, under certain circumstances, an abuse of process. Various tribunals have underlined the fundamental nature and the longstanding recognition of the principle of good faith as a matter of domestic and international law, including investment law».

⁸³ Véase R. KOLB, «General Principles of Procedural Law», en A. ZIMMERMANN, C.J., TAMS, K. OELLERS-FRAHM, C. TOMUSCHAT, (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3ª ed. (e-book), Oxford University Press, Oxford, 2019, párrs. 48-51.

un ejemplo de conducta fraudulenta grave contraria al orden público transnacional, pero sin definir esta noción o revelar su naturaleza jurídica:

Moreover, particularly serious cases of fraudulent conduct, such as corruption, have been held to be contrary to international or transnational public policy. The common law doctrine of unclean hands barring claims based on illegal conduct has also found expression at the international level, although its status and exact contours are subject to debate and have been approached differently by international tribunals⁸⁴.

71. Asimismo, señaló que las consecuencias jurídicas de una conducta ilícita en la inversión pueden afectar tanto a la jurisdicción, como al fondo del asunto: «*A review of international cases shows that fraudulent conduct can affect the jurisdiction of the tribunal, or the admissibility of (all or some) claims, or the merits of a dispute*»⁸⁵. El órgano arbitral trató esta cuestión como una cuestión de admisibilidad, por lo que no se pronunciaría sobre las violaciones del APPRI y, finalmente, concluyó que las reclamaciones basadas en fraude o falsificación ignorados deliberadamente por el demandante son inadmisibles por una cuestión de orden público internacional, utilizando como criterios para determinar el alcance de las consecuencias jurídicas de estos actos la gravedad de la conducta ilícita (el fraude) y la falta de debida diligencia del inversor⁸⁶:

The Tribunal agrees with the Respondent that claims arising from rights based on fraud or forgery which a claimant deliberately or unreasonably ignored are inadmissible as a matter of international public policy. For the reasons set out below, the Tribunal disagrees with the Claimants' contention that they conducted "extensive" and "exhaustive" due diligence in verifying the authenticity of the disputed mining licenses, both when the licenses were purportedly issued and when forgery allegations were first brought to their attention⁸⁷.

72. En este caso, por tanto, observamos que el orden público transnacional no es propiamente el fundamento jurídico en que se basa la inadmisibilidad de las reclamaciones de los inversores, sino dos principios generales del derecho que, como tales, son fuentes de DI (art. 38.1. c) del Estatuto de la CIJ) a saber, el principio general de buena fe y la prohibición de abuso del proceso⁸⁸. Dichos principios impiden que reclamaciones tintadas de fraude y otras conductas ilícitas se beneficien de la protección de los tratados de inversión y del amparo de los órganos jurisdiccionales.

73. En cuanto a la definición de orden público transnacional, que puede contribuir a comprender la aplicación de esta noción por los órganos arbitrales internacionales, en *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador*, en el que el órgano arbitral rechazó la reclamación por falta de jurisdicción como consecuencia de la conducta ilícita del demandante, como explicamos anteriormente. Este Tribunal ofrece una definición muy abierta y ambigua que pone de manifiesto la confusión en torno al contenido y naturaleza jurídica de esta noción en el DI de las inversiones y que se refleja, incluso, en la utilización misma de la expresión «orden público internacional»⁸⁹, en lugar de «orden público transnacional»:

⁸⁴ *Churchill Mining Plc and Planet Mining Pty Ltd, antes ARB/12/14 c. Indonesia* (Caso CIADI N° ARB/12/14 and 12/40), Laudo de 6 de diciembre de 2016, párr. 493.

⁸⁵ *Ibid.*, párr. 494.

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 509.

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 508.

⁸⁸ Así se infiere, también de la conclusión del Tribunal: «*Notwithstanding, the seriousness, sophistication and scope of the scheme are such that the fraud taints the entirety of the Claimants' investment in the EKCP. As a result, the general principle of good faith and the prohibition of abuse of process entail that the claims before this Tribunal cannot benefit from investment protection under the Treaties and are, consequently, deemed inadmissible*». *Ibid.*, párr. 528.

⁸⁹ En DI público la noción de orden público internacional responde a una serie de normas que protegen no ya los intereses de los Estados individualmente considerados, sino intereses colectivos esenciales de la comunidad internacional en su conjunto. Estas son normas conocidas como Derecho imperativo o *ius cogens*, entre ellas, la prohibición de la esclavitud, el genocidio o el *apartheid*, entre otras. Por ello, no consideramos adecuado utilizar en este contexto el uso de la noción «orden público internacional». Véase respecto a esta noción, C. JIMÉNEZ PIERNAS, «Fundamento y concepto del Derecho internacional público»,

El orden público internacional está constituido por el conjunto de principios fundamentales que constituyen la esencia misma del Estado, y tiene como función esencial la de preservar los valores del ordenamiento jurídico internacional contra actuaciones contrarias a él⁹⁰.

74. Pero quizás el precedente más relevante en torno a esta noción sea *World Duty Free Company Limited c. Kenia*, en el que el **órgano arbitral** recurrió a esta noción para determinar los efectos jurídicos de un contrato perfeccionado mediante un soborno. Por ello, conviene abordarlo con mayor detalle.

75. En síntesis, la empresa, con sede en la Isla de Man (Reino Unido), firmó un acuerdo en 1989 (en adelante, el Acuerdo de 1989) con la Autoridad Aeroportuaria de Kenia, actuando en nombre del Gobierno de Kenia, para la construcción, mantenimiento y gestión de los complejos *duty-free* en los aeropuertos internacionales de Nairobi y Mombasa, por un periodo de 10 años a partir del 1 de julio de 1990 bajo las condiciones del Acuerdo de 1989. La empresa tenía derecho a renovar la licencia por otros 10 años sujeta únicamente a la renegociación del alquiler a pagar. La empresa debía pagar al Gobierno keniano la suma de un millón de dólares estadounidenses al año por la licencia para ambos complejos.

76. En este caso, *World Duty Free Ltd.* reconoció haber pagado una supuesta «donación personal» al entonces Presidente de Kenia, Daniel Arap Moi, que ascendía a 2 millones de dólares estadounidenses para poder continuar con sus negocios con el Gobierno keniano en marzo de 1989, si bien la empresa alegó que creía que este pago era lícito conforme a las costumbres del lugar⁹¹.

77. La demanda planteada por la empresa se basaba en el incumplimiento por parte del Estado del Acuerdo de 1989 a través de diferentes acciones. La empresa afirmaba que pudo operar sin obstrucciones hasta 1992, cuando el Presidente Moi le solicitó que ayudara a dos de sus emisarios a obtener fondos secretos del extranjero para financiar su campaña electoral para la reelección. Uno de sus emisarios ideó un fraude masivo a través de una empresa para obtener fondos ilícitos para la campaña electoral e involucró a *World Duty Free*. La empresa afirmó que inicialmente tuvo conocimiento de su supuesta implicación en el fraude a través de los medios y que, a pesar de las amenazas de representantes gubernamentales, negó esta participación ante los medios, Interpol y la policía de Kenia. Asimismo, adujo que la Fiscalía keniana no emprendió acciones contra el emisario que ideó el fraude (el Sr. Pattni) hasta que, en 1994, gracias a presiones del Fondo Monetario Internacional, el emisario y otras personas involucradas fueron detenidos. Según el demandante, con el fin de garantizar la destrucción de pruebas esenciales para cualquier enjuiciamiento exitoso del fraude, el Gobierno de Kenia instigó la toma del control de las acciones y los activos de la empresa. Mediante Orden de 24 de febrero de 1998, el Tribunal Superior de Kenia, a petición del Sr. Pattni, le declaró propietario efectivo de la empresa desde 1992 y la puso bajo administración judicial. Según el demandante, esta orden fue ilegal, pues no se le notificó, se basó en documentos falsificados y era manifiestamente errónea. En suma, la demandante relató varios actos que pueden calificarse como denegación de justicia ante los tribunales nacionales y que condujeron a la expropiación ilícita de su inversión y, por ello, reclamaba una compensación, bien en forma de restitución o bien como indemnización económica.

78. Por su parte, Kenia adujo que, puesto que el contrato se formalizó por medio de un soborno, siendo este hecho un delito tanto conforme al derecho keniano, como al derecho inglés y al orden público internacional, el Acuerdo de 1989 carecía de validez y no era ejecutable, por tanto, las reclamaciones de la empresa no eran admisibles⁹².

en J.M. BENEYTO y C. JIMÉNEZ PIERNAS (dirs.), *Concepto y Fuentes del Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 217-272, pp. 228-230.

⁹⁰ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, párr. 245 [se omiten notas al pie].

⁹¹ *World Duty Free Company Limited c. Kenia* (Caso CIADI N° ARB/00/7), Laudo de 4 de octubre de 2006, párrs. 66, 110 y 133.

⁹² *Ibid.*, párr. 105.

79. Por lo tanto, el órgano arbitral debía pronunciarse sobre dos cuestiones; primera, si efectivamente se habían pagado sobornos al Presidente de Kenia; y, segunda, si el Acuerdo de 1989 se había perfeccionado gracias al supuesto soborno. Si así fuera, el órgano arbitral debía valorar las consecuencias de este acto de corrupción sobre la validez y aplicación del Acuerdo.

80. En primer lugar, el órgano arbitral confirmó que los pagos realizados por el gerente de *World Duty Free Ltd.* al Presidente de Kenia constituyeron un soborno con miras a obtener la aprobación de su inversión y la conclusión del Acuerdo de 1989⁹³. En segundo lugar, respecto a las consecuencias sobre la validez del Acuerdo, el órgano arbitral apeló al orden público transnacional puntualizando un sentido particular de este concepto, distinto al que habitualmente se utiliza en relación con el reconocimiento y la ejecución de los laudos y sentencias extranjeros (Convenio de Nueva York de 1958⁹⁴) y con un sentido más allá de la dimensión interna de cada Estado.

81. A este respecto, el órgano arbitral vuelve de nuevo a plantear el problema de la definición de orden público, donde se aprecia de nuevo el carácter abierto y problemático de este concepto. Así, señaló que numerosos ordenamientos jurídicos y tribunales nacionales aluden a un «orden público internacional» (transnacional en nuestra opinión) en un sentido restringido en relación con el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros y que a este concepto restringido lo suelen denominar «orden público internacional» («*ordre public international*»). Sin embargo, advirtió que, aunque esta denominación sugiere que se trata de algún modo de un principio supranacional, en realidad no es más que el orden público nacional aplicado a laudos extranjeros y su contenido y aplicación siguen siendo subjetivos para cada Estado⁹⁵. Asimismo, señaló otra definición frecuentemente utilizada: «*An international consensus as to universal standards and accepted norms of conduct that must be applied in all fora*»⁹⁶, al que algunos tribunales y una parte de la doctrina denomina también *transnational public policy* o *truly international public policy*⁹⁷. Precisamente, lo que pone en evidencia el Tribunal en esta definición es la falta de consenso sobre el propio contenido y concepto del orden público transnacional.

82. El Tribunal destacó que algunos tribunales nacionales han aludido a un concepto de orden público *universal*⁹⁸, lo que se puede denominar como un «orden público *transnacional*»⁹⁹. Es en este concepto en el que debemos detenernos, por resultar su existencia más controvertida, pues como señaló el órgano arbitral, los tribunales arbitrales deben ser cautelosos y comprobar la existencia objetiva de una determinada norma jurídica basada en ese presunto orden público transnacional a través de un análisis de derecho comparado y de los laudos arbitrales¹⁰⁰.

83. Esta aproximación responde al fundamento de la validez de las normas de DI general, pues para constatar su existencia y concretar su vigencia y contenido en un determinado momento histórico es necesario el estudio de la práctica internacional, es decir, se requiere comprobar si existe consenso entre los Estados en relación con una determinada práctica y los efectos jurídicos que quieren atribuirle, así como observar la interpretación realizada por los tribunales internacionales, pues se puede considerar que la jurisprudencia internacional traspasa actualmente la función de «medio auxiliar para la determi-

⁹³ *Ibid.*, párr. 136.

⁹⁴ Art. V.2 b) del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958: «También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país».

⁹⁵ *World Duty Free Company Limited c. Kenya* (Caso CIADI N° ARB/00/7), Laudo de 4 de octubre de 2006, párr. 138.

⁹⁶ *Ibid.*, párr. 139.

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 139.

⁹⁸ *Ibid.*, párr. 140.

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 147.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 141. Sobre este punto, cabe especular si la participación como miembro del órgano arbitral de un Juez de la Corte Internacional de Justicia (Gilbert Guillaume) pudo influir en este enfoque de DI general aplicado al sector normativo especializado del DI de las inversiones.

nación de las reglas de derecho» que le atribuye el art. 38.1 d) del Estatuto de la CIJ, ya que como afirma el Prof. Pastor Ridruejo, refiriéndose a la práctica de la Corte Internacional de Justicia, a la que acuden en ocasiones los órganos arbitrales del CIADI para fundamentar sus decisiones: «(...) el Tribunal se atiene a la consideración de su jurisprudencia como auténtica fuente del Derecho, ya que no tiene el menor inconveniente en aplicar ciertas reglas por él construidas y que invoca no a título de principios generales del Derecho, costumbre o convenciones, sino como su propia jurisprudencia»¹⁰¹.

84. Así, tras comprobar que la corrupción activa y/o pasiva se encontraba sancionada en la mayoría de las leyes penales nacionales y en convenciones internacionales, algunas de las cuales mencionadas en este estudio¹⁰², y en otros medios de prueba de la práctica internacional, como la práctica de las organizaciones internacionales, por ejemplo, la ONU, así como de la jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales, concluyó que la corrupción era una práctica contraria al orden público transnacional:

*In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal*¹⁰³.

85. Es destacable en este caso el hecho de que el propio Presidente del Gobierno de Kenia estuviera implicado en el acto de corrupción, pues él exigió el pago de una suma de dinero por conceder el contrato a la empresa, por lo que no es extraño que el demandante entendiera injusto que sufriera casi en exclusiva las consecuencias jurídicas derivadas de este acto contrario al orden público transnacional¹⁰⁴. Ahora bien, el órgano arbitral entendió que no procedía aplicar la regla general de que quien vence paga («*cost follow the event*»), sino que habiendo prevalecido el argumento del orden público transnacional y de los sistemas keniano e inglés para dar la razón al Estado demandado, no había realmente un vencedor, pues «*the answer, as regards public policy, is that the law protects not the litigating parties but the public; or in this case, the mass of tax-payers and other citizens making up one of the poorest countries in the world*»¹⁰⁵. Por tanto, cada parte debía sufragar sus propias costas y gastos¹⁰⁶.

86. Así, a la luz de la práctica arbitral se deduce que el orden público transnacional, diferenciado del orden público de los Estados, representaría un conjunto de valores sobre los que existe una conciencia de la comunidad internacional de Estados en su conjunto que sería necesario preservar. Los tribunales arbitrales parecen haber construido una *jurisprudence contante* en torno a esta noción, aún pendiente de definición, y consideran la corrupción como una práctica que contraviene estos valores e intereses, cuya consecuencia sería la imposibilidad de que el demandante se beneficiara de la protección sustantiva y procesal del tratado de inversión.

87. Ahora bien, la naturaleza jurídica del orden público transnacional como fuente de derecho autónoma respecto a otras fuentes, como los principios generales del derecho o las normas convencionales, sigue siendo una cuestión controvertida.

¹⁰¹ J.A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 22ª ed., Madrid, Tecnos, 2018, p. 85.

¹⁰² Véase *supra* apartado II.1.

¹⁰³ *World Duty Free Company Limited c. Kenia* (Caso CIADI N° ARB/00/7), Laudo de 4 de octubre de 2006, párr. 157; en el mismo sentido, *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán* (Caso CIADI N° ARB/10/3), Laudo de 4 de octubre de 2013, párr. 292.

¹⁰⁴ *World Duty Free Company Limited c. Kenya* (Caso CIADI N° ARB/00/7), Laudo de 4 de octubre de 2006, párr. 180. Resulta de interés, sobre la responsabilidad internacional del Estado a raíz de este caso y otros posteriores, el trabajo de P. LLAMAZON, «State Responsibility for Corruption: The Attribution Asymmetry in International Investment Arbitration», *Transnational Dispute Management*, vol. 10 (3), mayo 2013, 82 pp. En www.transnational-dispute-management.com

¹⁰⁵ *World Duty Free Company Limited c. Kenya* (Caso CIADI N° ARB/00/7), Laudo de 4 de octubre de 2006, párr. 181.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párrs. 190-191.

88. Existen diferentes opiniones al respecto entre la doctrina; algún autor apunta a que el fundamento de esta obligación se puede encontrar al margen de las fuentes formales del DI, situándolo en la práctica de los órganos arbitrales de inversiones¹⁰⁷. Así, Marcoux señala que «(...) *the normative pull toward the obligation for foreign investors to comply with transnational public policy in international investment arbitration can be more properly understood as the result of an international practice that is reproduced and reinforced by tribunals themselves*»¹⁰⁸.

89. Este enfoque tendría sentido en la medida que apuntábamos anteriormente, esto es, en el papel fundamental que la jurisprudencia o, en este caso, la práctica arbitral, juega en el desarrollo del DI de las inversiones que excedería la mera función de medio auxiliar, para convertirse, hasta cierto punto, en fuente de Derecho y que se reflejaría en la utilización de precedentes para fundamentar sus decisiones, como en *World Duty Free Company Limited c. Kenya* y *Churchill Mining Plc y Planet Mining Pty Ltd, c. Indonesia*, aunque consideramos todavía prematuro asegurar la existencia de una práctica arbitral suficiente y homogénea.

90. No obstante, no pretendemos dar una respuesta a tan enjundiosa cuestión en este trabajo, pero valga señalar que los órganos arbitrales han recurrido a la noción de orden público transnacional para rechazar reclamaciones basadas en una inversión ilícita, pero también han invocado algunos principios generales del derecho, como el principio de buena fe, así como las cláusulas contenidas en los tratados de inversión, como en *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador*, en su interpretación de la definición de «inversión». Por lo tanto, conviene seguir indagando en la naturaleza jurídica de esta noción y en las obligaciones que genera, en especial, para los inversores como actores privados, a diferencia de los Estados.

C) La corrupción como una manifestación de la doctrina de las manos limpias

91. La doctrina de las manos limpias o «*clean hands doctrine*» se encuentra bien arraigada en el ordenamiento internacional, tanto en relación con la protección diplomática y la discrecionalidad del Estado de otorgarla o no al particular, persona física o jurídica que ha manifestado una conducta incorrecta; como en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado, donde se tiene en cuenta la conducta del Estado lesionado o persona víctima de un perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de un Estado a la hora de determinar la reparación adecuada. Así lo recoge el Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado (art. 39):

Para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación¹⁰⁹.

92. Conforme a esta doctrina, quien comete un acto ilícito no puede beneficiarse del mismo. De manera más precisa, el Diccionario del Español Jurídico la define como una «expresión tomada de la lengua inglesa (*clean hands*) que indica una circunstancia modificativa de la responsabilidad internacional del Estado y se aplica para determinar la reparación del perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito si se prueba que la conducta del perjudicado ha contribuido al perjuicio resultante por acción u omisión, intencional o negligente»¹¹⁰.

¹⁰⁷ Véase un análisis interesante que justifica este enfoque en J-M. MARCOUX, «Transnational Public Policy as an International Practice in Investment Arbitration», *Journal of international dispute settlement*, vol. 10 (3), 2019, 496-515.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 512.

¹⁰⁹ Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

¹¹⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)* [en línea]. <https://dpej.rae.es/> [consultado el 14-01-2023]. En el mismo sentido, C. JIMÉNEZ PIERNAS, *La conducta arriesgada y la responsabilidad internacional*

93. En el contexto de las inversiones, se traduciría en que la conducta ilícita del *inversor* modificaría la relación de responsabilidad que se genera cuando el Estado huésped incumple sus obligaciones internacionales en virtud del tratado que protege la inversión. Esta «modificación» de la responsabilidad del Estado se puede manifestar en la fase de fondo, a la hora de determinar la reparación que merece el inversor, una vez constatada la comisión del hecho internacionalmente ilícito por parte del Estado, o en la fase preliminar sobre competencia y jurisdicción, como ya hemos apuntado a lo largo de este trabajo.

94. La doctrina de las manos limpias abarcaría diferentes acciones contrarias al ordenamiento jurídico de los Estados, entre otras, el fraude o la falsedad documental¹¹¹. No obstante, existe controversia sobre su naturaleza jurídica¹¹². La práctica arbitral internacional arroja algunos precedentes que ponen de manifiesto las consecuencias de incurrir en diferentes tipos de prácticas contrarias al derecho interno o al DI aplicables al caso, aun cuando el órgano arbitral no mencione propiamente «la doctrina de las manos limpias»¹¹³, pero sí determinadas máximas que vienen a plasmar el contenido dogmático de esa doctrina¹¹⁴.

95. *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* constituye un precedente significativo respecto a la aplicación de esta doctrina en el arbitraje de inversión. La empresa chipriota *Plama Consortium Limited* (en adelante, *PCL*) alegó que las autoridades legislativas y judiciales búlgaras, así como otras autoridades públicas habían adoptado medidas que perjudicaron seriamente a la empresa *Nova Plama*, en la que *PCL* poseía el 75% de las acciones, declarándose finalmente en quiebra y procediendo a su consiguiente liquidación¹¹⁵. Estas medidas u omisiones del Estado búlgaro suponían, según la empresa, una violación del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE)¹¹⁶. Por su parte, el Estado adujo que la inversión realizada por *PCL* en *Nova Plama* se había realizado contraviniendo el Derecho búlgaro y, por ende, era nula *ab initio*, ya que había ocultado al Estado quién era el verdadero inversor, siendo esta información esencial para obtener la autorización de la Agencia de Privatización búlgara en aras de adquirir las acciones de *Nova Plama*. Por consiguiente, la inversión realizada por estos medios no podía considerarse una «in-

del Estado, Universidad de Alicante, Alicante, 1988, p. 50.

¹¹¹ En dos casos recientes, España invocó sin éxito en dos procedimientos de anulación la doctrina de las manos limpias por supuestos actos de fraude y falsificación de documentos cometidos por las empresas demandantes, en particular, las empresas demandantes habrían realizado declaraciones falsas sobre la capacidad instalada de su inversión para beneficiarse de un sistema de subvenciones al que no tendrían derecho, habiendo actuado de mala fe, de forma fraudulenta o ilícita: *NextEra Energy Global Holdings B.V. y NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. España* (Caso CIADI N° ARB/14/11), Decisión sobre anulación, de 18 de marzo de 2022; *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. España* (Caso CIADI N° ARB/14/12), Decisión sobre anulación, de 10 de junio de 2022. Sobre un análisis de estos casos véase F. PASCUAL-VIVES, F. y L. ARAGONÉS MOLINA, «La doctrina de las manos limpias como causa de anulación del laudo: ¿un último recurso para España? (*InfraRed c. España y NextEra c. España*)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 44 (2022), pp. 34-39.

¹¹² Así lo han cuestionado algunos inversores en los arbitrajes, *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), *Decision on Respondent's Application to Dismiss the Claims (with Reasons)*, de 10 de noviembre de 2017, párr. 204: «Claimant further submits that despite Respondent's attempts to rely on the World Duty Free and the Churchill Mining cases, there is no general principle of "unclean hands" in international law that would render Claimant's claims inadmissible and the Tribunal cannot decline to exercise its mandate on the ground of transnational public policy». La doctrina pone de manifiesto el debate existente, véase P. DUMBERRY, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2020, párrs. 4.104-4.110; A. TANZI, «The relevance of the Foreign Investor's Good Faith», en Gattini, A., Tanzi, A. y Filippo, F., *General Principles of Law and Internations Investment Arbitration*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2018, 193-220, p. 207.

¹¹³ En algunos casos, no obstante, el órgano arbitral menciona las manos limpias en relación con supuestos actos de fraude: *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG c. Ghana* (Caso CIADI N° ARB/07/24), Laudo de 18 de junio de 2010, párr. 317.

¹¹⁴ Por ejemplo, la máxima *nemo ex propria turpitudine commodum capere potest*. Véase R. KOLB, «General Principles of Procedural Law», en A. ZIMMERMANN, C.J. TAMS, K. OELLERS-FRAHM, C. TOMUSCHAT (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3ª ed. (e-book), Oxford, Oxford University Press, 2019, párrs. 55-57. En el ámbito del DI de las inversiones, Dumberry, señala las máximas *ex delicto non oritur actio* y *ex turpi causa non oritur*, P. DUMBERRY, *op. cit.*, párr. 4.103.

¹¹⁵ *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* (Caso CIADI N° ARB/03/24), Laudo de 27 de agosto de 2008, párr. 72.

¹¹⁶ Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994. Este Tratado está sometido actualmente a un proceso de modernización que todavía no ha finalizado. Ver <https://www.energychartertreaty.org/modernisation-of-the-treaty/>

versión» en los términos del art. 1.6. del TCE, despojando al CIADI de jurisdicción para conocer del asunto conforme al art. 26 del TCE, que prevé distintos foros para resolver las controversias entre las partes en el TCE, o subsidiariamente, en caso de que el órgano arbitral considerara que tenía jurisdicción, era causa de inadmisibilidad de la demanda¹¹⁷, pues solo las inversiones realizadas conforme al DI y a la ley búlgara pueden prevalerse de la protección sustantiva del APPRI, en este caso, en los arts. 10 y 13 del TCE.

96. Las cuestiones relativas a la «propiedad» y «control» de la empresa, así como las alegaciones de falsedad y ocultación deliberada del auténtico propietario de la empresa no se examinaron en la fase preliminar sobre jurisdicción, como se ha considerado en otros casos examinados en el apartado anterior en virtud de una cláusula de legalidad en el tratado de inversión, sino que el órgano arbitral entendió que no afectaban a su jurisdicción y decidió considerarlo en la fase de fondo¹¹⁸. El tribunal se pronunció a favor de Bulgaria, afirmando que la inversión no solo se realizó en contravención del Derecho búlgaro, sino de las normas y principios del DI y, por tanto: «*the Tribunal is of the view that this behavior is contrary to other provisions of Bulgarian law and to international law and that it, therefore, precludes the application of the protections of the ECT*»¹¹⁹.

97. Interesa averiguar cuáles son estas normas y principios del DI que se infringían en este caso, pues, como señaló el órgano arbitral, el TCE no contiene una cláusula expresa de legalidad, es decir, una disposición expresa que indique que la inversión debe realizarse conforme a la normativa del Estado huésped, a diferencia de un buen número de APPRI. A pesar de ello, el órgano arbitral señaló que: «*This does not mean, however, that the protections provided for by the ECT cover all kinds of investments, including those contrary to domestic or international law*»¹²⁰. Acudiendo a los trabajos preparatorios del TCE y otros instrumentos que constituyen medios complementarios de interpretación de los tratados (art. 32 del CVDT)¹²¹, el órgano arbitral afirmó que el TCE debía interpretarse de manera consistente con el imperio de la ley¹²², por tanto, sería incongruente aceptar proteger una inversión que fuera contraria a la legalidad nacional o internacional. Además, la cláusula sobre los mecanismos de solución de controversias que prevé el TCE (art. 26) establece que el tribunal constituido para resolver la controversia debe decidir conforme al TCE, pero también de acuerdo con las normas y principios del DI¹²³.

98. Así, tras examinar la práctica arbitral en materia de inversiones internacionales, el órgano arbitral identificó varios principios que sustentaran su conclusión, a saber, el principio de buena fe, reconocido como un principio general del DI, así como un principio estructural del DI contemporáneo¹²⁴; el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* o nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o dolo, que se considera expresión de la doctrina de las manos limpias¹²⁵; y la controvertida noción de orden público transnacional, ya examinada anteriormente¹²⁶.

¹¹⁷ *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* (Caso CIADI N° ARB/03/24), Laudo de 27 de agosto de 2008, párr. 96.

¹¹⁸ *Ibid.*, párr. 97.

¹¹⁹ *Ibid.*, párr. 135.

¹²⁰ *Ibid.*, párr. 138.

¹²¹ Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. En adelante, CVDT. En *Inceysa Vallisoleta S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, para averiguar cuál era la voluntad de los Estados partes en el APPRI celebrado entre El Salvador y España, el órgano arbitral aludió implícitamente a medios complementarios de interpretación de los tratados previstos en el CVDT: «Es importante señalar que para la determinación de la voluntad de las partes, se pueden seguir todos los métodos reconocidos por la práctica internacional, siendo de particular importancia los intercambios de notas entre los Estados Contratantes, así como los diversos proyectos de tratados previos al definitivo», párr. 178.

¹²² *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* (Caso CIADI N° ARB/03/24), Laudo de 27 de agosto de 2008, párr. 139.

¹²³ *Ibid.*, párr. 140.

¹²⁴ Art. 2.2. de la Carta de la ONU; Res. 2625 de la Asamblea General de la ONU, de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados de conformidad con la carta de las naciones unidas; y el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹²⁵ P. DUMBERRY, *op. cit.*, párr. 4.124.

¹²⁶ *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* (Caso CIADI N° ARB/03/24), Laudo de 27 de agosto de 2008, párrs. 141-142.

99. El órgano arbitral acogió estos principios y los aplicó en su decisión, concluyendo que:

(...) *the Tribunal has decided that the investment was obtained by deceitful conduct that is in violation of Bulgarian law. The Tribunal is of the view that granting the ECT's protections to Claimant's investment would be contrary to the principle nemo auditur propriam turpitudinem allegans invoked above. It would also be contrary to the basic notion of international public policy – that a contract obtained by wrongful means (fraudulent misrepresentation) should not be enforced by a tribunal*¹²⁷.

100. Además, apreció mala fe en la conducta del demandante, ya que obtuvo la autorización del Estado búlgaro para realizar su inversión ocultando deliberadamente información relevante para su aprobación y considerando que el principio buena fe abarca, entre otras obligaciones, proveer al Estado huésped de toda información relevante sobre la inversión y el inversor¹²⁸. Esta conducta reprochable del demandante se tuvo en cuenta, además, en la decisión sobre la imposición de las costas y gastos del proceso. *PCL* tuvo que asumir los gastos de representación de Bulgaria que ascendieron a 7 millones de dólares estadounidenses, además de los gastos del Centro y honorarios de los árbitros¹²⁹.

101. Por consiguiente, este órgano arbitral resolvió la controversia aplicando una serie de principios generales del DI ante la ausencia de una disposición expresa en el TCE que estableciera la condición de que la inversión se realizara conforme al derecho del Estado huésped, entre ellos el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, lo que implica a nuestro juicio la aplicación de la doctrina de las manos limpias¹³⁰.

102. Asimismo, observamos la aplicación de estos principios en otros casos en los que el órgano arbitral debía determinar si la inversión objeto de la controversia fue realizada o no de conformidad con la legislación del Estado huésped. En *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador*, varias disposiciones del APPRI contenían este requisito, por lo que el órgano arbitral debía comprobar si la inversión cumplía o no con lo establecido por la legislación nacional. Conforme a la Constitución Política de El Salvador, el APPRI, como tratado internacional, formaba parte del derecho interno vigente, por tanto, el Tribunal aclaró que constituía la primera y especial legislación que este Tribunal debía analizar para determinar si la inversión de *Inceysa* se realizó de conformidad con el ordenamiento jurídico interno¹³¹. Por lo tanto, para determinar si dicha inversión gozaba de esa protección, era necesario analizar si fue realizada cumpliendo con los requisitos del APPRI¹³². Por otra parte, el art. XI del APPRI, que contempla el arbitraje como el mecanismo de solución de posibles controversias que surjan entre las partes, prevé que, además del Acuerdo y del derecho nacional, el Tribunal debe aplicar las reglas y principios de DI generalmente admitidos y, con mayor razón, cuando este APPRI no contenía reglas sustantivas que permitieran determinar que la inversión se realizó conforme a la legislación de El Salvador.

103. Para determinar cuáles eran estas normas y principios de DI generalmente admitidos, el Tribunal tomó como referencia el art. 38 del Estatuto de la CIJ que contiene las fuentes del DI, entre las que se encuentran los principios generales del derecho como fuente autónoma respecto a los tratados y a la costumbre internacional.

104. El órgano arbitral invocó el principio de buena fe, que se manifiesta en el ámbito contractual como: «...la ausencia de engaños y artificios durante el proceso de negociación y otorgamiento de los actos que dieron origen a la inversión, así como la lealtad, la verdad y el ánimo de mantener el

¹²⁷ *Ibid.*, párr. 143.

¹²⁸ *Ibid.*, párr. 144.

¹²⁹ *Ibid.*, párrs. 321-323.

¹³⁰ En el mismo sentido, en relación con este caso, P. DUMBERRY, *op. cit.*, párr. 4.127.

¹³¹ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, párr. 220.

¹³² *Ibid.*, párr. 221.

equilibrio en las prestaciones recíprocas de las partes»¹³³. Asimismo, destacó que en las relaciones jurídicas impera la confianza entre las partes, confianza que se funda en la buena fe con que las partes deben actuar cuando formalizan la relación jurídica¹³⁴. El Tribunal concluyó que las diversas acciones llevadas a cabo por el inversor, basadas en documentación y declaraciones falsas para ganar la licitación, contravenían el principio de buena fe desde el momento en que hizo su inversión y, por ende, no la realizó de conformidad con la legislación salvadoreña¹³⁵. Por ello, el Tribunal carecía de competencia para conocer de la reclamación de la empresa, pues la inversión no gozaba de la protección del APPRI¹³⁶.

105. El Tribunal también se basó en el principio *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, aplicado por el órgano arbitral en el caso anteriormente citado, invocando varias máximas relacionadas con este principio, y señaló:

Aplicando el principio primeramente señalado al caso en estudio, se puede afirmar que un inversor extranjero no puede pretender beneficiarse de una inversión realizada mediante uno o varios actos ilegales y, consecuentemente, gozar de la protección que le confiere el Estado receptor, como es, el acceso al arbitraje internacional para la solución de sus controversias, pues es evidente que su actuación tuvo un origen doloso y, como lo sostiene la máxima jurídica, nadie puede beneficiarse de su propio dolo¹³⁷.

106. Asimismo, el Tribunal alegó que, en virtud del principio de prohibición del enriquecimiento ilícito, el inversor tampoco podía enriquecerse de un contrato perfeccionado mediante un engaño¹³⁸. Por último, también destacó que la inclusión de la cláusula «conforme a la legislación» en diversos artículos del APPRI era una clara manifestación del orden público internacional, que demostraba la clara y contundente intención de los Estados signatarios de excluir de su protección a las inversiones realizadas en contravención a sus respectivos ordenamientos internos¹³⁹.

107. Por último, también se aplicó la doctrina de las manos limpias en *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, en el que el órgano arbitral, apoyándose en *Phoenix Action Ltd c. República Checa*¹⁴⁰, declaró:

*An investment will not be protected if it has been created in violation of national or international principles of good faith; by way of corruption, fraud, or deceitful conduct; or if its creation itself constitutes a misuse of the system of international investment protection under the ICSID Convention. It will also not be protected if it is made in violation of the host State's law (as elaborated, e.g. by the tribunal in Phoenix)*¹⁴¹.

108. Y, a continuación, afirmó que: «*These are general principles that exist independently of specific language to this effect in the Treaty*»¹⁴². Por lo tanto, inferimos que existe una obligación impli-

¹³³ *Ibid.*, párr. 231.

¹³⁴ *Ibid.*, párrs. 232-233. La doctrina destaca el papel de la buena fe en el ámbito del DI de las inversiones, según Tanzi, citando el caso estudiado: «Good faith also pervades the sub-system of international legal protection of foreign investments, and the practice of investment arbitration. (...)» A. TANZI, *loc. cit.*, p. 194.

¹³⁵ Estas acciones comprendían la presentación de información financiera falsa por *Inceysa* como parte de la oferta que hizo para participar en la licitación; la realización de manifestaciones falsas, durante el proceso de licitación, en relación con la experiencia y capacidad para cumplir con los términos del contrato, especialmente, respecto a su socio estratégico; la falsedad de documentos sobre la capacidad del administrador único de *Inceysa* para demostrar su idoneidad para realizar las funciones una vez ganada la licitación; y la ocultación de la vinculación entre *Inceysa* y la empresa *ICASUR*, estando prohibida en las bases de la licitación la participación de entidades o personas relacionadas o asociadas para evitar un monopolio.

¹³⁶ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, párr. 239.

¹³⁷ *Ibid.*, párr. 242.

¹³⁸ *Ibid.*, párr. 255. Sobre el enriquecimiento ilícito como principio general del derecho en el arbitraje de inversiones, véase C. BINDER, «Unjust Enrichment as a General Principle of Law in Investment Arbitration», en A. GATTINI, A. TANZI, Y F. FONTANELLI, *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2018, pp. 269-289.

¹³⁹ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, párr. 246.

¹⁴⁰ *Phoenix Action Ltd c. República Checa* (Caso CIADI N° ARB/06/5), Laudo de 15 de abril de 2009.

¹⁴¹ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana* (Caso CIADI N° ARB/07/24), Laudo de 18 de junio de 2010, párr. 123.

¹⁴² *Ibid.*, párr. 124.

cita para el inversor de realizar su inversión respetando la normativa nacional e internacional, es decir, aunque tal obligación no esté prevista expresamente en el tratado de inversión, de lo contrario, su demanda será rechazada por el órgano arbitral.

109. Este Tribunal mencionó ciertos actos ilícitos concretos, como la corrupción. En particular, en los casos donde se ha alegado actos de corrupción, las partes han invocado expresamente la doctrina de las manos limpias. En *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán*, el Estado invocó esta doctrina como argumento subsidiario para apoyar su objeción de falta de jurisdicción del CIADI por haberse formalizado la inversión mediante corrupción por la empresa demandante:

*Alternatively, the claims should be dismissed because they are inadmissible on account of the Claimant's unlawful conduct. Under the "clean hands" doctrine, the Claimant should not be allowed to pursue its claims because it has engaged in significant misconduct directly related to its investment;*¹⁴³.

110. En *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán*, Pakistán también alegó, como argumento subsidiario, que:

*In the event that the Tribunal finds that it does have jurisdiction, Respondent maintains that the corruption in relation to the inception or performance of Claimant's investment nonetheless renders the claims inadmissible based on transnational public policy or the application of the "unclean hands" doctrine*¹⁴⁴.

111. En ninguno de los dos casos citados los órganos arbitrales se pronunciaron sobre la aplicabilidad o la naturaleza jurídica de las manos limpias, pues basaron su decisión en otros fundamentos jurídicos, como ya hemos expuesto. Sin embargo, a la luz de la práctica arbitral examinada, cabe interpretar que la corrupción, siendo una práctica tipificada como delito en la mayoría de los ordenamientos internos, reúne las características necesarias para poder invocar la falta de manos limpias ante un órgano jurisdiccional internacional, como un fundamento jurídico independiente de la posible violación de determinadas cláusulas contenidas en los APPRI que prevean expresamente el cumplimiento de la legislación del Estado huésped. La doctrina de las manos limpias en casos de corrupción jugaría como circunstancia modificativa de la responsabilidad del Estado en la medida en que el inversor perjudicado por el incumplimiento del tratado de inversión por el Estado huésped no podría reclamar una reparación ante el CIADI. No obstante, estos casos presentan la particularidad de que el Estado huésped también está involucrado en el acto ilícito, por lo que su conducta debería también tenerse en cuenta a los efectos de determinar la reparación que merece el inversor.

IV. Problemas jurídicos observados en la práctica del CIADI que dificultan la admisibilidad de las alegaciones de corrupción

112. Hemos observado en los casos anteriores que las alegaciones de corrupción en la inversión no son infrecuentes y que esta práctica es contraria tanto a la obligación de brindar un trato justo y equitativo a la inversión, al principio de buena fe y orden público transnacional, como a la doctrina de las manos limpias. Sin embargo, encontramos importantes dificultades para la admisión de estas alegaciones y que estas demandas prosperen sobre esta base con independencia de quien las formule. Una dificultad general ha sido la imprecisión de las cláusulas de los APPRI o la falta de cláusulas específicas que excluyan de su protección a las inversiones realizadas por medio de actos de corrupción, lo que deja en manos del órgano arbitral la interpretación de la norma, pudiendo dar lugar a diferentes opiniones jurídicas y conclusiones distintas sobre los fundamentos jurídicos que puedan apoyar la protección o no

¹⁴³ *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán* (Caso CIADI N° ARB/10/3), Laudo de 4 de octubre de 2013, párr. 110.

¹⁴⁴ *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), *Decision on Respondent's Application to Dismiss the Claims (with Reasons)*, de 10 de noviembre de 2017, párr. 194; también *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), *Decision on Jurisdiction and Liability*, 10 de noviembre de 2017, párrs. 671 y 674.

de una determinada inversión. Al margen de esta apreciación general de carácter subjetivo, analizamos a continuación otros impedimentos jurídicos de carácter objetivo.

1. La dificultad de la prueba de los actos de corrupción

113. En primer lugar, la normativa de CIADI deja una considerable discrecionalidad a los árbitros en materia probatoria. Como afirmó el órgano arbitral en *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán*:

At the outset, the Tribunal notes that, as pointed out by Respondent, neither the ICSID Convention nor the ICSID Arbitration Rules provide for guidance as to the standard or burden of proof to be applied but rather provide the Tribunal with considerable discretion to determine matters of evidence. As also noted by Respondent, there is further no uniform approach in international investment treaty arbitration to determining the standard of proof in connection with allegations of corruption¹⁴⁵.

114. El órgano arbitral destacó, además, la falta de uniformidad en la práctica arbitral sobre el estándar de prueba aplicable en casos de corrupción¹⁴⁶.

115. Se ha visto que en *EDF (Services) Limited c. Rumanía* el problema estuvo en la falta de prueba «clara y convincente» sobre el soborno exigido por los funcionarios del Gobierno de Rumanía al Director ejecutivo de *EDF*.

In any case, however, corruption must be proven and is notoriously difficult to prove since, typically, there is little or no physical evidence. The seriousness of the accusation of corruption in the present case, considering that it involves officials at the highest level of the Romanian Government at the time, demands clear and convincing evidence. There is general consensus among international tribunals and commentators regarding the need for a high standard of proof of corruption¹⁴⁷.

116. El Tribunal puso de manifiesto la dificultad notable de probar la solicitud de un pago ilícito ante la ausencia de medios de prueba físicos o materiales, como podría ser un documento que lo constata. Asimismo, estableció un estándar de prueba elevado basado en «*clear and convincing evidence*», motivado por la gravedad de las acusaciones contra altos cargos del Gobierno rumano.

117. Dos factores, por tanto, influyen en que las alegaciones de corrupción prosperen; por un lado, la dificultad de obtener prueba directa del acto corrupto y que afecta a la satisfacción de la carga de la prueba; y, por otro, el elevado estándar de prueba exigible en estos casos.

118. Respecto a la dificultad de obtener y aportar pruebas del acto corrupto, ciertamente va a ser complicado poder presentar prueba documental de un soborno o que esta prueba se considere auténtica o suficiente, pues generalmente no se dejará constancia escrita de tales actuaciones. Asimismo, será igualmente difícil aportar cualquier otro medio de prueba que constata la alegación de corrupción, como prueba testifical de un tercero, y que esta se considere concluyente de la veracidad de los hechos, pues el testimonio de un tercero puede presentar contradicciones o no resultar objetivo o fiable por no haber

¹⁴⁵ *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), *Decision on Respondent's Application to Dismiss the Claims (with Reasons)*, de 10 de noviembre de 2017, párr. 285.

¹⁴⁶ En particular la prueba en casos de corrupción ha sido objeto de varios trabajos, entre otros, A.P. LLAMZON, *Corruption in International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2014, Part III, chap. 9 «Proving Corruption» (consultado en formato e-book); S. WILSKE Y T.J. FOX, *Corruption in International Arbitration and Problems with Standard of Proof: Baseless Allegations or Prima Facie Evidence?*, *Transnational Dispute Management*, vol. 10 (3), mayo 2013, 19 pp.; C. PARTASIDES, «Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real World», *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 25 (1), 2010, pp. 47-62.

¹⁴⁷ *EDF (Services) Limited c. Rumanía* (Caso CIADI N° ARB/05/13), Laudo de 8 de octubre de 2009, párr. 221.

estado el testigo presente en el acto, sino que actúe de oídas¹⁴⁸. En algunos casos (poco habituales), la parte implicada ha admitido haber realizado pagos a agentes públicos¹⁴⁹ y esta admisión ha ayudado al órgano arbitral a verificar la licitud o ilicitud de estos desembolsos, aunque también en estos casos los implicados han intentado justificar estos pagos y crear una apariencia de legalidad.

119. Es un principio general del derecho procesal, reconocido en el sistema jurídico internacional y aplicado por los tribunales internacionales, que la carga de la prueba recae sobre quien alega un hecho (*onus probandi actori incumbit*)¹⁵⁰, por tanto, quien afirma la existencia de corrupción en la inversión debe probar la veracidad de esta afirmación. Así, en *EDF (Services) Limited c. Rumanía*, el órgano arbitral constató este principio y concluyó:

*The burden of proof lies with the Claimant as the party alleging solicitation of a bribe. Clear and convincing evidence should have been produced by the Claimant showing not only that a bribe had been requested from Mr. Weil, but also that such request had been made not in the personal interest of the person soliciting the bribe, but on behalf and for the account of the Government authorities in Romania, so as to make the State liable in that respect. In the absence of such evidence, the Tribunal is compelled to draw the conclusion that Claimant did not sustain its burden of proof*¹⁵¹.

120. En *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán*, el órgano arbitral también partió del reconocimiento del principio general *onus probandi actori incumbit*, pero se planteó si cabía invertir la carga de la prueba o establecer presunciones o extraer inferencias de la falta de aportación de prueba, que son posibles en determinadas circunstancias dependiendo de lo que estableciera la *lex causae*, en este caso, el APPRI entre Israel y Uzbekistán. El APPRI guardaba silencio a este respecto, por lo que el órgano arbitral gozaba de relativa libertad para establecer el estándar de prueba apropiado para determinar la veracidad de una alegación de corrupción¹⁵².

121. En este caso, la empresa había admitido que realizó ciertos pagos a tres consultores vinculados con el Gobierno uzbeko por prestar determinados servicios que la empresa no pudo justificar adecuadamente, lo que generó sospechas de corrupción. Por este motivo, el órgano arbitral afirmó que no era necesario pronunciarse sobre la inversión de la carga de la prueba o la posibilidad de basarse en presunciones¹⁵³, sino que ejerció las facultades que le atribuye el Convenio CIADI, así como ocurre con otros tribunales internacionales, para ordenar la práctica de prueba que le ayudara a llegar a su conclusión sobre la veracidad de las alegaciones:

*As in World Duty Free, the present factual matrix does not require the Tribunal to resort to presumptions or rules of burden of proof where the evidence of the payments came from the Claimant and the Tribunal itself sought further evidence of the nature and purpose of such payments. Instead, the Tribunal will determine on the basis of the evidence before it whether corruption has been established with reasonable certainty. In this context, it notes that corruption is by essence difficult to establish and that it is thus generally admitted that it can be shown through circumstantial evidence*¹⁵⁴.

¹⁴⁸ Así lo determinó el órgano arbitral en *EDF (Services) Limited c. Rumanía* (Caso CIADI N° ARB/05/13), Laudo de 8 de octubre de 2009, párrs. 223-224.

¹⁴⁹ *World Duty Free Company Limited c. Kenia* (Caso CIADI N° ARB/00/7), Laudo de 4 de octubre de 2006, párrs. 66 y 110; *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán* (Caso CIADI N° ARB/10/3), Laudo de 4 de octubre de 2013, párr. 197 y 240; *Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. y Azpetrol Oil Services Group B.V. c. Azerbaiyán* (Caso CIADI N° ARB/06/15), Laudo de 8 de septiembre de 2009, párr. 6.

¹⁵⁰ *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán* (Caso CIADI N° ARB/10/3), Laudo de 4 de octubre de 2013, párr. 237; *Churchill Mining Plc y Planet Mining Pty Ltd, antes ARB/12/14 c. Indonesia* (Caso CIADI N° ARB/12/14 y 12/40), Laudo de 6 de diciembre de 2016, párr. 238.

¹⁵¹ *EDF (Services) Limited c. Rumanía* (Caso CIADI N° ARB/05/13), Laudo de 8 de octubre de 2009, párr. 232.

¹⁵² *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán* (Caso CIADI N° ARB/10/3), Laudo de 4 de octubre de 2013, párr. 238.

¹⁵³ *Ibid.*, párr. 239: «While the debate about standards of proof and presumptions is an interesting one, the Tribunal finds that it does not require the application of the rules on burden of proof or presumptions to resolve the present dispute. In this case, facts emerged in the course of the arbitration. Because those facts raised suspicions of corruption, the Tribunal required explanations».

¹⁵⁴ *Ibid.*, párr. 243.

122. Aunque su pronunciamiento genera cierta confusión entre la carga de la prueba y el estándar de prueba, se infiere que el órgano arbitral aplicó un estándar de prueba distinto al precedente de *EDF (Services) Limited c. Rumanía*, basado en «*reasonable certainty*» y en la posibilidad de acudir a prueba circunstancial y no prueba directa, dada la dificultad admitida generalmente por los tribunales arbitrales de constatar los actos de corrupción. Es, por tanto, un estándar de prueba menos exigente. Así, ante la falta de la prueba exigida por el órgano arbitral y la presencia de una serie de factores («*red flags*») que inducen a sospechar que se trata de pago ilícitos¹⁵⁵, llegó a la conclusión que los pagos realizados a los consultores supuestamente contratados para prestar unos servicios a la empresa eran sobornos contrarios a la normativa uzbeka y al requisito de legalidad de la inversión del art. 1.1. del APPRI¹⁵⁶.

123. En *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán*, que es el caso más reciente, el órgano arbitral examinó la práctica arbitral citada por las partes y reconoció que existían dos posturas bien diferenciadas¹⁵⁷; por un lado, la aplicación de un estándar de prueba más propio del proceso civil, basado en un «*balance of probabilities*»; y por otro, un estándar más exigente, propio del proceso penal, basado en «*clear and convincing evidence*».

124. Nuevamente, en este caso nos encontramos con cierta confusión sobre el estándar de prueba aplicable, pues el órgano arbitral parece apoyar un estándar de prueba basado en «*clear and convincing evidence*» debido a las graves repercusiones de un acto de corrupción¹⁵⁸, pero, al mismo tiempo, también admite la posibilidad de acudir a prueba circunstancial o indirecta ante la dificultad de probar estos actos. De hecho, el órgano arbitral decidió que la cuestión esencial no era poner un nombre al estándar de prueba aplicable, sino determinar si el estándar de prueba permitía admitir prueba circunstancial¹⁵⁹. En consecuencia, el órgano arbitral no quiso pronunciarse en abstracto sobre estas cuestiones, sino comprobar que cada acto de corrupción alegado se apoyaba en prueba *sólida y persuasiva*:

Consequently, the Tribunal does not wish to decide in the abstract on the relevance, if any, of the indirect or circumstantial evidence presented by Respondent in support of its allegations. The Tribunal will rather perform a detailed review and evaluation of both direct and indirect evidence adduced by Respondent in the context of each individual allegation and decide whether such evidence is sufficiently “solid” and “persuasive” to reach the conclusion that the allegation has been proven¹⁶⁰.

125. Asimismo, en cuanto a la carga de la prueba, el órgano arbitral aclaró que no era lo mismo «invertir la carga de la prueba» (de quien afirma la corrupción a quien la niega), que inferir determinadas consecuencias de la negativa de la contraparte de aportar prueba, en la línea establecida en *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán*. En otras palabras, la carga de la prueba de un acto de corrupción sigue estando en quien lo afirma, pero la prueba de refutación contribuye a esclarecer los hechos y su ausencia pueda dar lugar a inferencias negativas para quien niega haber cometido el acto corrupto¹⁶¹.

126. En suma, parece una posición que concilia el estándar de prueba exigente que se debe a la gravedad de las alegaciones de corrupción y la carga de la prueba que debe satisfacer quien afirma que se ha cometido un acto de corrupción ante la dificultad que plantea su prueba.

¹⁵⁵ *Ibid.*, párr. 293.

¹⁵⁶ *Ibid.*, párr. 372.

¹⁵⁷ *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), *Decision on Respondent's Application to Dismiss the Claims (with Reasons)*, de 10 de noviembre de 2017, párr. 303.

¹⁵⁸ *Ibid.*, véanse párrs. 295 y 304 sobre el estándar de prueba; y párrs. 306 y 307 sobre la carga de la prueba.

¹⁵⁹ *Ibid.*, párr. 307.

¹⁶⁰ *Ibid.*, párr. 308.

¹⁶¹ *Ibid.*, párrs. 318-319.

2. La aportación de los medios de prueba en el momento procesal oportuno

127. En el proceso arbitral ante el CIADI los documentos probatorios o de respaldo con los que las partes pretendan apoyar sus reclamaciones se presentan, generalmente, junto con el memorial y el memorial de contestación conforme al calendario procesal que acuerde el Tribunal en la primera sesión¹⁶², y solo excepcionalmente se pueden presentar en un momento distinto¹⁶³. Ahora bien, puede ocurrir que los actos de corrupción no se conozcan con anterioridad al inicio del procedimiento de origen, sino que salgan a la luz durante el mismo o incluso una vez finalizado, por lo que sea imposible aportar los medios de prueba en el momento procesal oportuno.

128. A continuación, analizamos qué sucede en estos supuestos y qué mecanismos procesales existen en la normativa vigente para dar respuesta.

A) El descubrimiento de nuevas pruebas de corrupción durante el proceso de origen y su planteamiento fuera del momento procesal oportuno

129. Hemos explicado anteriormente que la inversión realizada por medio de un acto que constituye una violación de la ley interna del Estado receptor, del orden público transnacional o de las manos limpias, puede plantearse como una objeción a la jurisdicción del CIADI para resolver la controversia. Conforme a las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022 (Regla 43), la parte que entienda que un asunto no cae dentro de la jurisdicción del Centro debe notificarlo *lo antes posible* y el órgano arbitral se pronunciará sobre esa cuestión en una fase separada del procedimiento o junto con las cuestiones de fondo. Además, la normativa establece unos plazos para el planteamiento y tramitación de las excepciones preliminares tanto si el procedimiento se bifurca como si se resuelven en la fase de fondo (Reglas 44 y 45).

130. Sin embargo, en *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán*, el órgano arbitral se mostró flexible en cuanto al momento de plantear estas excepciones, admitiendo la solicitud de aportación de nuevas pruebas planteada por el Estado relativas a supuestos actos de corrupción cometidos por la empresa en relación con el proyecto en Reko Diq. En efecto, Pakistán presentó esta solicitud en una fase muy tardía del procedimiento, pues ya habían concluido las audiencias sobre jurisdicción y fondo y el órgano arbitral había deliberado y redactado un borrador de Decisión sobre jurisdicción y responsabilidad.

131. En primer lugar, el órgano arbitral reconoció que estas alegaciones de corrupción como objeción a la jurisdicción del CIADI se habían formulado fuera del momento procesal oportuno que, conforme a la normativa CIADI entonces vigente (Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2006), más imprecisa en este aspecto que las Reglas de Arbitraje actualmente vigentes (2022), se debían formular «lo antes posible» y, en todo caso, antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación o, si se refiere a una demanda subordinada, antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación de la réplica.

132. Sin embargo, la normativa del CIADI prevé dos cláusulas que permiten plantear estas excepciones fuera del plazo general; por un lado, la anterior Regla 26.3 de las Reglas de Arbitraje prevé que se puedan formular fuera de los plazos establecidos en «circunstancias especiales», siempre que se garantice a la contraparte formular sus alegaciones al respecto *y así lo decida el Tribunal*; y, por otro, la Regla 41.1. junto al momento correspondiente «a menos que la parte no haya tenido conocimiento entonces de los hechos en los que se funda la excepción». Como se puede observar, el contenido de estas cláusulas es vago e indeterminado, por lo que debe concretarse a la luz de las circunstancias particulares

¹⁶² Regla 29.4 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

¹⁶³ Reglas 30.3 y 36.3 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

del caso, atribuyendo al órgano decisor un amplio margen de discrecionalidad para decidir si un hecho es suficientemente relevante y pertinente como para admitir las alegaciones fuera del plazo ordinario.

133. Así, el órgano arbitral, aunque afirmó no convencerle las explicaciones de Pakistán sobre los motivos por los que no formuló las alegaciones de corrupción en un momento anterior del procedimiento y dado que Pakistán, aunque con cierta dilación, no se había mostrado del todo inactivo en la investigación de los actos corruptos por sus agentes públicos¹⁶⁴, entendió que la gravedad de algunas de estas alegaciones y a la luz de las pruebas testificales presentadas justificaban examinar esta objeción a la jurisdicción y admisibilidad de la demanda fuera de plazo, pues constituían «circunstancias especiales»¹⁶⁵ conforme a la cláusula de la Regla 26.3 anterior. Por este motivo, el órgano arbitral admitió las nuevas pruebas aportadas por Pakistán, aunque tras examinarlas, resolvió que los actos de corrupción no quedaban probados, por lo que confirmó su jurisdicción para conocer de las reclamaciones de la empresa y finalmente declaró responsable a Pakistán por incumplimiento del APPRI.

134. Interesa apuntar que el órgano arbitral consideró que, al desestimar la pretensión, no era necesario pronunciarse sobre las consecuencias jurídicas que habrían ocasionado estas alegaciones sobre su Decisión sobre jurisdicción y responsabilidad, si hubieran quedado probadas¹⁶⁶, aunque reconoció en la parte dispositiva de su decisión que, de haber quedado probados estos actos, habría tenido consecuencias en la fase de cuantificación de los daños: «*Respondent has not established any of its individual allegations of corruption that would be attributable to Claimant and that could have become relevant as potential contributory fault in the quantum phase that is now to follow*»¹⁶⁷.

135. En todo caso, la flexibilidad aplicada por el órgano arbitral bajo el paraguas de la expresión «circunstancias especiales» que preveía la normativa CIADI (Regla 26.3 de las reglas de Arbitraje de 2006), se justifica por la gravedad de las alegaciones de corrupción y constituye una interpretación favorable a la *justicia*, fortaleciendo el orden público internacional. Se advierte, no obstante, que el carácter indeterminado del contenido de esta cláusula (actualmente prevista en la Regla 28 de las Reglas de Arbitraje de 2022) atribuye una importante discrecionalidad a los árbitros para decidir sobre la admisibilidad de las pruebas pertinentes fuera de plazo, que dependerá en gran medida de las circunstancias particulares del caso, por lo que dificulta predecir en qué sentido se pronunciarán los órganos arbitrales ante una solicitud de esta índole.

136. Conviene señalar que las Reglas de Arbitraje de 2006 preveían expresamente otra posibilidad de reabrir el procedimiento ya declarado cerrado una vez finalizadas las audiencias (Regla 38.1), pero antes de que se dicte el laudo, ante el descubrimiento de nuevas pruebas de carácter decisivo (Regla 38.2)¹⁶⁸. Se ha hecho uso de esta herramienta en algunos casos¹⁶⁹, pero su contenido también indeterminado deja en manos del órgano arbitral la valoración del carácter «decisivo» de la nueva prueba aportada e impone en quien la aporta la carga de justificar su aportación tardía. Llama la atención que esta

¹⁶⁴ *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), *Decision on Respondent's Application to Dismiss the Claims (with Reasons)*, de 10 de noviembre de 2017, párr. 240.

¹⁶⁵ *Ibid.*, párr. 233.

¹⁶⁶ *Ibid.*, párr. 1495.

¹⁶⁷ *Ibid.*, párr. 1499.

¹⁶⁸ Regla 38.2 de las Reglas de Arbitraje de 2006: «Excepcionalmente, el Tribunal podrá, antes de dictar el laudo, reabrir el procedimiento en vista de que se ha de obtener nueva prueba que por su naturaleza constituye un factor decisivo, o porque es de necesidad imperiosa aclarar ciertos puntos específicos».

¹⁶⁹ En *RSM Production Corporation y otros c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/05/14) (Anulación), *Decision on RSM Production Corporation's Application for a Preliminary Ruling of 29 October 2009*, de 29 de octubre de 2009, el Comité confirmó la posibilidad de recurrir a esta herramienta procesal, párr. 28: «...*In the case of the evidence obtained after the Merits Hearing, if the Applicant had good grounds to submit that this was new evidence decisively relevant to the issues in the arbitration, then, even if the Tribunal had closed the proceedings, the Applicant could still have applied to the Tribunal to reopen the proceedings under ICSID Arbitration Rule 38(2)*». Otro órgano arbitral, reiteró esta posibilidad en el segundo procedimiento iniciado por RSM en 2010, en *RSM Production Corporation y otros c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/10/6), Laudo de 10 de diciembre de 2010, párr. 7.1.20.

disposición no está prevista en las Reglas de Arbitraje de 2022, aunque quizás pueda entenderse como una posibilidad implícita en cualquier proceso, pues mientras el procedimiento esté en curso, las partes pueden formular alegaciones ante el Tribunal en aras de la buena administración de justicia. Asimismo, podría inferirse a través de otras cláusulas, como la Regla 30.3 que permite la aportación de documentos de respaldo no previstos en el calendario procesal acordado en la primera sesión, si lo autoriza el Tribunal «previa solicitud oportuna y motivada, si decide que dichos escritos, observaciones o documentos de respaldo resultan necesarios en vista de todas las circunstancias relevantes».

137. De hecho, el Comité *ad hoc* en *RSM Production Corporation y otros c. Granada* confirmó la facultad de reabrir un caso cuando se descubrían pruebas de fraude, falsedad documental o corrupción, invocando precedentes arbitrales en otras jurisdicciones en los que estando el órgano arbitral todavía en funciones (es decir, ante el mismo órgano arbitral) había reabierto el procedimiento ante el descubrimiento de una práctica fraudulenta:

Although not cited by the Applicant or the Respondent, there are a number of other arbitral decisions which deal with the power of international courts and tribunals to reopen a case for newly discovered evidence. On the basis of the principle of jura novit curia, the Committee is able to consider the relevance of those decisions¹⁷⁰.

B) El descubrimiento de nuevas pruebas de corrupción concluido el proceso de origen

138. Otra situación que puede darse en la práctica es el descubrimiento del acto corrupto una vez concluido el proceso por medio del laudo. Este laudo no sería justo en la medida en que el órgano arbitral no habría tenido en cuenta en su decisión el acto ilícito cometido por una de las partes, siendo esta circunstancia, como se ha visto anteriormente, relevante para la solución de la controversia.

139. El sistema del CIADI no deja indefenso a quien pueda encontrarse en este supuesto. La normativa procesal prevé dos mecanismos excepcionales para subsanar esta situación, a saber, la revisión (art. 51 del Convenio CIADI) y la anulación (art. 52 del Convenio CIADI). No obstante, al tratarse de mecanismos extraordinarios, su acción está sujeta al cumplimiento de unas condiciones tasadas en la normativa y, como han reiterado los órganos arbitrales, en ningún caso pueden confundirse con un recurso de apelación¹⁷¹, recurso que está expresamente excluido del sistema del CIADI (art. 53.1 Convenio CIADI), lo que impone al solicitante un estándar exigente en el cumplimiento de estas condiciones.

140. La condición fundamental para solicitar la revisión de un laudo definitivo y, por tanto, con efecto de cosa juzgada (art. 53 del Convenio CIADI), es el descubrimiento de un hecho con posterioridad al laudo que pueda tener carácter decisivo para la decisión del Tribunal, siempre que su desconocimiento con anterioridad al laudo no se debiera a negligencia del solicitante. La anulación está sujeta a cinco causales que ofrecen un mayor abanico de supuestos que el mecanismo de revisión, a saber, a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; d)

¹⁷⁰ *RSM Production Corporation y otros c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/05/14) (Anulación), *Decision on RSM Production Corporation's Application for a Preliminary Ruling of 29 October 2009*, de 29 de octubre de 2009, párr. 23.

¹⁷¹ Entre otros, *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. España* (Caso CIADI N° ARB/14/12), Decisión sobre anulación de 10 de junio de 2022, párrs. 400 y 405; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/19), Decisión sobre anulación, de 5 de mayo de 2017, párr. 51; *EDF International S.A., Saur International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/23), Decisión sobre anulación de 5 de febrero de 2016, párr. 67; *Total S.A. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/04/01), Decisión sobre anulación, de 1 de febrero de 2016, párrs. 164-165; *RSM Production Corporation c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/05/14) (Anulación), *Decision on RSM Production Corporation's Application for a Preliminary Ruling of 29 October 2009*, párr. 18; *Azurix Corp. c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/01/12), Decisión sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, de 1 de septiembre de 2009, párr. 41.

que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

141. La primera cuestión controvertida que surge del análisis de estos casos es, ¿cuál es el mecanismo procesal adecuado ante el descubrimiento de un acto de corrupción? La práctica arbitral no es pacífica al respecto.

142. En *RSM c. Granada* se planteó la anulación del laudo dictado el 13 de marzo de 2009. Como explicamos anteriormente¹⁷², existió un segundo procedimiento que finalizó por medio de laudo de 10 de diciembre de 2009, en el que el órgano arbitral estimó la objeción a la jurisdicción planteada por Granada por falta de mérito jurídico (Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI). En el procedimiento de anulación, contra el laudo de 13 de marzo de 2009, la empresa alegó tres causas de anulación previstas en el Convenio CIADI: i) extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal (art. 52.1.b); ii) quebrantamiento de una norma fundamental del procedimiento (art. 52.1 d); iii) y falta de expresión de motivos en que se fundó el laudo (art. 52.1 e).

143. El fundamento principal de esta solicitud fue el pago de sobornos por otra empresa (*Global Petroleum*) al Senador Bowen, entonces Fiscal General de Granada, que ocasionó, según las demandantes, la denegación de la licencia de exploración de hidrocarburos. En concreto, *RSM* solicitó que el Comité *ad hoc* se pronunciara sobre la conducta supuestamente corrupta del Senador Bowen, insistiendo en que no estaba solicitando que el Comité revisara la decisión del órgano arbitral con fundamento en un error respecto a su posición sobre las afirmaciones vertidas en aquel proceso respecto al Senador¹⁷³; de lo contrario, excedería los límites de la anulación, que no es una apelación, como ya advertimos. Según *RSM*, formulaba esta solicitud en anulación y no durante el procedimiento de origen porque contaba con pruebas más sólidas descubiertas tras las audiencias. Además, solicitó al Comité que ejerciera una supuesta facultad inherente para investigar el pago de los sobornos a partir de las pruebas indiciarias presentadas, siendo esta práctica contraria al orden público internacional y normas universales de DI:

(...) that the Committee has the authority and the obligation to make its own enquiries on the basis of prima facie evidence which it has submitted. In the view of the Applicant, the Committee possesses an inherent jurisdiction to investigate allegations of bribery, which it describes as being contrary to 'accepted norms of international public policy' and a 'universal norm of international law'¹⁷⁴.

144. El Comité declaró, primero, que la petición del demandante no podía calificarse como una solicitud de anulación; el demandante no había explicado la causal concreta de anulación en la que se fundamentaba su petición, sino que pedía al Comité que examinara e investigara pruebas que ya se habían presentado durante el procedimiento inicial, así como nuevas pruebas aportadas en un procedimiento interno contra el Senador Bowen ante los tribunales de Nueva York, invocando únicamente unos supuestos poderes inherentes del órgano arbitral¹⁷⁵.

145. Tras afirmar que los órganos arbitrales pueden ejercer ciertos poderes inherentes, es decir, funciones no previstas expresamente en la normativa procesal, siempre que sea necesario para desarrollar las funciones que sí están previstas y cuando no contravengan las disposiciones de los instrumentos constitutivos del tribunal internacional¹⁷⁶, concluyó que la función de un Comité *ad hoc* era limitada,

¹⁷² Véase apdo. III.2.A.

¹⁷³ *RSM Production Corporation c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/05/14), *Decision on RSM Production Corporation's Application for a Preliminary Ruling of 29 October 2009*, párr. 8.

¹⁷⁴ *Ibid.*, párr. 9.

¹⁷⁵ *Ibid.*, párr. 19.

¹⁷⁶ *Ibid.*, párr. 20.

por lo que la solicitud del demandante no quedaba amparada en esta función, cuando, además, la prueba testifical del Senador Bowen no había influido en el laudo¹⁷⁷:

The Committee's function is to determine the Applicant's Request for Annulment, which was submitted under Article 52(1) of the ICSID Convention. It is well established that ad hoc Annulment Committees have a narrowly defined jurisdictional mandate. The Committee agrees with the view that the exhaustive nature of the list enumerated in Article 52(1) means that 'a party may not present new arguments on fact and law that it failed to put forward in the original arbitration proceeding ... [n]or should a party present new contemporaneous evidence (...)'¹⁷⁸.

146. Por lo tanto, el Comité rechazó la solicitud de anulación del laudo, la cual no estaba bien fundamentada en ninguna de las causales de anulación¹⁷⁹.

147. No obstante, durante el segundo procedimiento iniciado por RSM en 2010, basado también en los actos de corrupción, el órgano arbitral sugirió que, si fuera cierto que RSM descubrió pruebas de corrupción en la concesión de la licencia con posterioridad al laudo de 2009 (o en particular, como afirmaron los demandantes en la fecha de las audiencias en 2007 y con posterioridad), podían haber solicitado la revisión del laudo conforme al art. 51 del Convenio CIADI, pero no lo hicieron:

The relevance of this to the question (dealt within the next Section of this Award), of whether Claimants' claims can survive in the face of the relevant findings of the Prior Tribunal, is that it was open to RSM to seek revision of those findings from the Prior Tribunal, based on evidence of corruption that was discovered thereafter. RSM sought no such revision¹⁸⁰.

148. Es más, indicó que las demandantes podían haber solicitado la revisión, pero solicitaron, en cambio, la anulación, que fue desestimada por el Comité como hemos explicado anteriormente, porque las alegaciones de corrupción no encontraban cabida en ninguna de las causales del art. 52 del Convenio del CIADI:

For the purposes of the Objection, it is also apparent that RSM had sufficient evidence of alleged corruption to institute New York State court proceedings in 2006, and thus could have, but declined formally to put corruption in issue, as such, before the Prior Tribunal. To the extent that further evidence of corruption became available after the issue of the Prior Award, RSM could also have sought revision of that award under the provisions of Article 51. It did not, but instead instituted annulment proceedings¹⁸¹.

149. O incluso sugirió la reapertura del procedimiento antes de la emisión del laudo conforme a la Regla 38.2 de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2006, como señalamos en el apartado anterior.

150. En suma, en virtud de este precedente arbitral, parece que la anulación no es el mecanismo adecuado ante el descubrimiento de pruebas de corrupción una vez dictado el laudo y que se desconocían durante el proceso de origen, sino que la revisión sería el mecanismo pertinente¹⁸². Asimismo, se debe tener en cuenta el momento en el que se conocieron los hechos, pues queda patente que, si los hechos se conocían o las pruebas se presentaron ya durante el procedimiento de origen, no es posible presentarlas en un procedimiento de anulación, como tampoco en un procedimiento de revisión, pues

¹⁷⁷ *Ibid.*, párr. 25: «(...) Second, and in any event, the Applicant has not argued that the Award was the product of false testimony. As stated by the Tribunal in its Award, and as acknowledged by the Applicant, the Tribunal did not need to rely on the alleged false testimony of Mr Bowen, but instead was able to rely on documentary evidence for its finding on the relevant issue».

¹⁷⁸ *Ibid.*, párr. 21. Véase también párr. 26.

¹⁷⁹ *Ibid.*, párr. 29.

¹⁸⁰ *RSM Production Corporation y otros c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/10/6), Laudo de 10 de diciembre de 2010, párr. 7.1.19.

¹⁸¹ *Ibid.*, párr. 7.1.28.

¹⁸² *Ibid.*, párr. 7.1.20.

estos mecanismos no sirven para subsanar errores cometidos por los litigantes en cuanto a la estrategia procesal elegida o por falta de debida diligencia en la preparación del caso.

151. En cuanto al procedimiento de revisión, se han planteado pocas solicitudes hasta la fecha y en general han sido inadmitidas. No obstante, en dos procedimientos se han alegado actos de corrupción como motivo de revisión¹⁸³.

152. Así, en *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*,¹⁸⁴ caso que hemos estudiado anteriormente¹⁸⁵, la empresa chipriota *Plama Consortium Limited* (en adelante, *PCL*) inició un procedimiento de revisión aportando nuevas pruebas que, supuestamente, demostrarían que una empresa competidora rusa pagó ciertas cantidades a modo de sobornos a las autoridades búlgaras para adquirir una refinería. El procedimiento de revisión terminó por impago de las cantidades que las partes deben satisfacer por adelantado al CIADI, por lo que se desconoce en qué sentido hubiera decidido el órgano arbitral. Los escritos de las partes tampoco se han hecho públicos, por lo que desconocemos los argumentos que, en especial, *PCL* adujo como fundamento de su solicitud¹⁸⁶. No obstante, varias cuestiones nos permiten inferir el escaso éxito que habría tenido este procedimiento.

153. En *Plama Consortium*, visto anteriormente, a la luz de la conclusión del órgano arbitral sobre la conducta fraudulenta de la demandante y la consecuente inaplicabilidad de las disposiciones del TCE, es poco probable que el órgano arbitral revisara su pronunciamiento, pues en principio, aunque *PCL* pudiera aportar pruebas de un supuesto soborno por parte de un tercero a las autoridades búlgaras, no afectaría decisivamente al pronunciamiento relativo a que su inversión no era lícita y las consecuencias ya descritas que se derivaron. No obstante, desconocemos, como ya se advirtió, el contenido de su solicitud de revisión, por lo que no podemos analizar los argumentos de la solicitante y, en especial, la relación entre el supuesto soborno y el caso planteado.

154. También en *Siemens A.G. c. Argentina*, Argentina presentó una solicitud de revisión a raíz del testimonio prestado bajo juramento ante un tribunal alemán por un antiguo ejecutivo de la empresa alemana *Siemens*, en el que declaró que el contrato objeto de la controversia en el proceso de origen se obtuvo por medio de sobornos pagados a ciertos altos cargos del Gobierno argentino¹⁸⁷.

155. Al mismo tiempo, también incoó un procedimiento de anulación en el que Argentina alegó que en el proceso arbitral de origen el Tribunal le había denegado la producción de prueba esencial, en particular, pruebas relativas al progreso de la investigación que se estaba llevando a cabo sobre una supuesta corrupción que afectaría al contrato con *Siemens*. El Tribunal rechazó la producción de esta prueba (basada en prueba testifical), por presentación tardía en el procedimiento, apuntando que estas alegaciones sobre corrupción ya se venían vertiendo sobre este proyecto desde hacía muchos años, por lo que eran hechos conocidos. Por su parte, Argentina aseveró que la información nueva en la que basaba su solicitud había salido a la luz paulatinamente y que su decisión de alegarla en el procedimiento

¹⁸³ Para un análisis riguroso del procedimiento de revisión en el CIADI, véase L. ARAGONÉS MOLINA, *La revisión de los laudos internacionales del CIADI*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2022.

¹⁸⁴ *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria* (Caso CIADI N° ARB/03/24), Laudo de 27 de agosto de 2008.

¹⁸⁵ Véase apdo. III.2.C.

¹⁸⁶ Nos hemos basado en la información obtenida en los siguientes artículos: IA REPORTER, «Cases Closed: ISCID Claims against Senegal and Argentina suspended; Bulgarian case is dropped due to investor's lack of funding», *IA Reporter*, publicado el 9 de septiembre de 2012; L.E. PETERSON, «Investor in Bulgarian refinery asks arbitral tribunal to weigh new evidence that a competitor may have secured state favor via the payment of bribes», *IA Reporter*, publicado el 4 de octubre de 2011.

¹⁸⁷ Este procedimiento de revisión terminó por avenencia entre las partes de acuerdo con el Regla 43.1 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el 9 de septiembre de 2009. Los escritos de las partes no se han hecho públicos, por lo que la información de este caso se ha obtenido a partir de los informes publicados en *IA Reporter*, a saber, L.E. PETERSON, «Argentina and Siemens ask annulment panel to suspend proceedings, so original arbitrators can look at bribes evidence», *IA Reporter*, publicado el 28 de julio de 2008; y, L.E. PETERSON, «Siemens waive rights under arbitral award against Argentina, follows company's belated corruption confessions», *IA Reporter*, publicado el 2 de septiembre de 2009. Disponibles en <https://www.iareporter.com/>

arbitral se debía a las pruebas recientes que habían surgido a través de las investigaciones llevadas a cabo a nivel interno. El procedimiento de anulación quedó suspendido a petición de las partes, a la espera de la decisión sobre revisión.

156. Interesa destacar que ambos procedimientos, revisión y anulación, cuyo fundamento esencial fueron estas alegaciones sobre supuestos sobornos por parte de un antiguo ejecutivo de *Siemens AG* y otros, terminaron por avenencia entre las partes en septiembre de 2009. En diciembre de 2008 la empresa *Siemens A.G.* y su subsidiaria argentina, *Siemens Argentina S.A.*, se declararon culpables ante un tribunal estadounidense por ciertas violaciones de la Ley estadounidense de prácticas corruptas en el extranjero (*US Foreign Corrupt Practices Act*)¹⁸⁸. Parece evidente que este proceso judicial ante un tribunal estadounidense y el proceso similar ante los tribunales alemanes, fueron decisivos en el acuerdo alcanzado entre la empresa *Siemens AG* y Argentina para poner fin a los procedimientos iniciados por Argentina para la revisión y/o anulación del laudo de 2007¹⁸⁹, por el que se había impuesto al Gobierno argentino el pago de una indemnización a la empresa de más de 200 millones de dólares estadounidenses.¹⁹⁰

157. Desafortunadamente, los escritos de las partes en estos procedimientos no se han publicado por motivos de confidencialidad, característica propia del arbitraje comercial que ha prevalecido en los arbitrajes de inversiones, por lo que no disponemos de los detalles de ambos procesos para poder analizar exhaustivamente los argumentos jurídicos de las partes.

V. Consideraciones finales

158. La corrupción ha adquirido una dimensión transnacional fomentada por la intensificación de las relaciones económicas entre los Estados y el incentivo que supone para las empresas transnacionales las medidas de promoción y protección de las inversiones para instalarse en otros territorios. A la luz de los numerosos tratados y otros textos no normativos encaminados a prevenir y sancionar la corrupción adoptados por los Estados se observa la existencia de un consenso en torno a la definición de las prácticas que constituyen actos de corrupción, así como sobre los perjuicios que la corrupción genera para el pleno desarrollo económico y social de los Estados y la necesidad de erradicarla. No obstante, siguen siendo preocupantes los escasos avances que se realizan a nivel interno en algunos Estados como demuestran las estadísticas elaboradas por algunas organizaciones.

159. Los niveles de corrupción todavía existentes en algunos Estados también se ponen de manifiesto en los arbitrajes que se sustancian ante el CIADI en los que el inversor extranjero o el Estado huésped alegan actos de corrupción en la inversión bien en el momento de establecer la inversión o bien durante su desarrollo.

160. En este trabajo hemos analizado los fundamentos jurídicos en los que los órganos arbitrales han basado sus decisiones ante las alegaciones de corrupción de alguna de las partes y los efectos jurídicos de su pronunciamiento. Las alegaciones de corrupción pueden producir efectos jurídicos en el plano sustantivo, es decir, sobre el cumplimiento de las obligaciones sustantivas contenidas en el tratado de inversión y la reparación que puede obtener el inversor derivada de un posible incumplimiento, o en el plano procesal, sobre la jurisdicción del CIADI para resolver la controversia.

¹⁸⁸ L.E. PETERSON, «Siemens waive rights under arbitral award against Argentina, follows company's belated corruption confessions», *IA Reporter*, publicado el 2 de septiembre de 2009. Disponible en <https://www.iareporter.com/>

¹⁸⁹ *Siemens A.G. c. República Argentina* (Caso CIADI N° ARB/02/8), Laudo de 6 de febrero de 2007.

¹⁹⁰ Sobre el caso ante los tribunales estadounidenses, véase la noticia publicada en la web del Departamento de Justicia de Estados Unidos, «Former Siemens Executive Pleads Guilty To Role in \$100 Million Foreign Bribery Scheme», The United States Department of Justice, publicada el 15 de marzo de 2018, en <https://www.justice.gov/news>

161. En primer lugar, en el plano procesal, se observa que los Estados han alegado la implicación del inversor en actos de corrupción como estrategia defensiva frente a sus reclamaciones por incumplimiento de los tratados de inversión, planteando estos argumentos como una objeción a la jurisdicción del CIADI. En efecto, los APPRI suelen contener cláusulas que definen la inversión en las que se establece la condición de que esta se realice «de conformidad con la legislación del Estado huésped». El razonamiento jurídico aplicado por los órganos arbitrales en estos casos se basa en que siendo la corrupción un acto contrario a la legislación del Estado, no puede calificarse como una «inversión» a los efectos del APPRI y, por consiguiente, el Estado no ha prestado su consentimiento para arbitrar controversias derivadas de estos actos; por lo tanto, el órgano arbitral carece de competencia *ratione voluntatis*.

162. Esta estrategia procesal está siendo acogida por los órganos arbitrales, por lo que no se entra en el fondo del asunto, siendo el resultado favorable para el Estado. El éxito de estos casos genera la apariencia de que los Estados, que están también implicados en los actos de corrupción a través de sus agentes públicos, no reciben ninguna sanción por su participación en un acto que, según también la práctica arbitral estudiada, es contrario a cierto «orden público transnacional» y a los principios generales de buena fe y *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, que deberían generar la responsabilidad internacional del Estado por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. El inversor, en cambio, parece sufrir la totalidad de las consecuencias jurídicas de su conducta incorrecta al ver rechazada su reclamación en la fase preliminar.

163. No obstante, los órganos arbitrales no han obviado completamente la conducta ilícita del Estado en estos casos, sino que empleando la discrecionalidad que les concede el Convenio CIADI sobre la distribución de las costas y gastos del proceso (art. 61.2 del Convenio CIADI), no han aplicado estrictamente la regla general basada en que «quien vence, paga». En todo caso, esta sanción nos parece insuficiente para lograr el objetivo último que perseguíamos en este trabajo, que era averiguar el grado de efectividad del arbitraje de inversiones para combatir la corrupción, ya que consideramos que esta suerte de sanción sobre los Estados no es suficientemente significativa para producir un efecto disuasorio frente a los beneficios que le reporta la inversión extranjera.

164. En el plano sustantivo, destacamos dos cuestiones; por un lado, los órganos arbitrales han apuntado que cuando los actos de corrupción se producen durante el desarrollo de la inversión, deben examinarse como una cuestión de fondo y pueden repercutir en la determinación de la reparación que merece el inversor por el daño sufrido a su inversión, como señaló el Tribunal en *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán*. Por otro lado, la corrupción se presenta como un acto contrario a la obligación de brindar un trato justo y equitativo al inversor, por lo que los inversores pueden alegar este incumplimiento si tienen conocimiento de que el Estado ha incurrido en un acto de corrupción, como en *EDF (Services) Limited c. Rumanía* o *RSM Production Corporation y otros c. Granada*.

165. Asimismo, los órganos arbitrales convergen en que la corrupción es una práctica contraria a cierto (e indefinido) «orden público transnacional», es decir, un orden público diferenciado del orden público de los Estados, y a algunos principios generales que subyacen a esta noción, como la buena fe, la prohibición de abuso del proceso y del abuso de derecho (que derivan del principio de buena fe) y al principio *ex turpi causa non oritur actio* que entendemos como una manifestación de la doctrina de las manos limpias y que precluye tanto la posibilidad de acudir al órgano de solución de controversias (protección procesal), como a la posibilidad de invocar los derechos sustantivos que prevé el tratado de inversión para reclamar una reparación (protección sustantiva).

166. En la fase de fondo, también se aprecia una tendencia más favorable al Estado que al inversor, en la medida en que, si se prueba la corrupción, el inversor no puede prevalerse de la protección del APPRI, como se observa en el *leading case World Duty Free c. Kenia*. Además, aunque el órgano arbitral intente compensar esta circunstancia teniendo en cuenta la conducta ilícita del Estado en la imposición de las costas y gastos, sigue siendo a nuestro juicio una consecuencia demasiado tenue que

contradice la especial gravedad con que los órganos arbitrales han calificado la corrupción y su contraposición a ese conjunto de valores y principios de la comunidad internacional que representa la noción del orden público transnacional.

167. Con independencia de quien haya formulado la alegación de corrupción y en qué fase del procedimiento se alegue, en los casos examinados encontramos dos dificultades importantes para que estas prosperen que, además, se agravan por la divergencia de criterios aplicados por los órganos arbitrales. Por un lado, la práctica de la prueba es una cuestión esencial en todo proceso para sostener los argumentos de cada parte y obtener un resultado favorable a sus pretensiones. La prueba de un acto de corrupción se presenta especialmente compleja, pues generalmente no se cuenta con prueba directa del hecho. Los órganos arbitrales han tratado de encontrar un equilibrio entre los diferentes estándares de prueba aplicables en los distintos sistemas jurídicos con el objetivo de llegar a la verdad sobre las afirmaciones de corrupción. La gravedad de estas alegaciones y de las consecuencias jurídicas que se derivan, en especial para el inversor, como hemos apuntado, conlleva un estándar de prueba exigente, pero, al mismo tiempo, se concilia con la valoración del tribunal tanto de pruebas directas como indirectas. Este esfuerzo por parte de algunos tribunales es positivo en aras de garantizar la justicia de la decisión.

168. Por otro lado, se presenta la dificultad de contar con los medios de prueba relevantes y pertinentes sobre los actos de corrupción en el momento procesal oportuno, pues en ocasiones estos medios de prueba se consiguen con posterioridad al cierre del procedimiento e incluso cuando ya se ha dictado el laudo. Por ello, en aras también de garantizar la buena administración de justicia, la normativa del CIADI prevé ciertos mecanismos procesales para poder corregir una decisión injusta. Estos mecanismos, a saber, la revisión y la anulación, principalmente, tienen un objetivo bien delimitado y están sometidos a causas tasadas, por ello, no es sencillo determinar cuál es el mecanismo adecuado y una elección errónea puede frustrar las pretensiones de justicia del reclamante, además de los costos adicionales que genera iniciar un nuevo procedimiento. En suma, ante el descubrimiento de pruebas nuevas que revelen actos de corrupción con posterioridad al laudo consideramos que el mecanismo de revisión es más efectivo, si bien la práctica arbitral se muestra ambigua a este respecto. Si las pruebas se descubrieran con anterioridad al laudo, es decir, estando todavía pendiente el procedimiento, siempre cabría solicitar al Tribunal su reapertura y la consideración de las nuevas pruebas, como ocurrió en *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán*.

169. En suma, en este trabajo hemos tratado de presentar los principales argumentos en los que inversores y Estados han apoyado sus alegaciones sobre actos de corrupción con el objetivo de averiguar los efectos jurídicos que producen en los procesos arbitrales ante el CIADI. Se observa, en general, que el arbitraje de inversiones favorece más al Estado que al inversor, estando ambos implicados en el acto corrupto. Esto indica que son necesarias más medidas encaminadas a garantizar que ambas partes no incurran en prácticas corruptas en los procesos de formalización de las inversiones internacionales o durante su desarrollo, posiblemente a través de la introducción de cláusulas específicas en los tratados y acuerdos de inversión, pero sobre todo en las acciones que los Estados emprendan a nivel interno para prevenir y sancionar a quienes incurran en estas prácticas. Valoramos positivamente que los órganos arbitrales hayan tenido en cuenta la conducta del Estado en la cuantificación del daño o en la imposición de costas y gastos en el proceso y, al mismo tiempo, la decisión de los órganos arbitrales de inadmitir las reclamaciones sobre inversiones marcadas por actos ilícitos también transmite el mensaje a los inversores de que se abstengan de incurrir en este tipo de prácticas, de lo contrario, ante un futuro problema con el Estado huésped pueden encontrarse ante la imposibilidad de reclamar en esta jurisdicción internacional.

170. En todo caso, hacemos hincapié en que son numerosas las cuestiones jurídicas que derivan de estos arbitrajes y de la corrupción y que merecen ser abordadas de manera exhaustiva y rigurosa para encontrar fórmulas que contribuyan a una mayor efectividad del arbitraje de inversión para combatir la corrupción.

Deberes de transparencia del Reglamento 2019/1150 (P2B Regulation) para prevenir la discriminación algorítmica del consumidor en los sistemas de prelación de ofertas*

Ranking transparency guidelines in Platform-to-Business Regulation to prevent algorithmic discrimination of consumers

CRISTINA ARGELICH COMELLES

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho civil, acreditada a Contratado Doctor
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID: 0000-0001-6530-525X*

Recibido: 13.10.2022 / Aceptado: 25.11.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7535

Resumen: Este trabajo examina los deberes empresariales relativos a la transparencia en los sistemas de prelación de ofertas de las plataformas en línea, regulados en el Reglamento 2019/1150 –conocido como *P2B Regulation*–, a los efectos de configurar un tratamiento legal preventivo de la discriminación algorítmica en la elección final del consumidor. Por ello, se atenderá a los deberes en materia de Condiciones Generales de la Contratación, en la prelación de ofertas, así como otros deberes sobre información en la oferta, tratamiento de datos personales, buena fe contractual y remedios privados de ineficacia en sentido estricto.

Palabras clave: Plataformas en línea, protección del consumidor, proveedor de servicios de intermediación, usuario profesional, prelación de ofertas.

Abstract: This paper examines the ranking transparency guidelines of online platforms in the P2B Regulation, as a legal treatment of algorithmic discrimination in consumer contracts. Therefore, this work considers duties related to standard contract terms, as well as others related to the right to information, the processing of personal data, contractual good faith, and remedies for breach of contract.

Keywords: Online platforms, consumer protection, providers of online intermediation services, business users, ranking.

Sumario: I. Del Reglamento 2019/1150 y su ámbito material de aplicación a un tratamiento legal sobre algoritmos e inteligencia artificial en las plataformas en línea. II. Deberes de los proveedores de servicios de intermediación en materia de Condiciones Generales de la Contratación:

* Este trabajo corresponde al seminario “Los requisitos de transparencia de los sistemas de prelación de ofertas en el Reglamento 1150/2019 (P2B Regulation)”, impartido en la Universidad de Granada en octubre de 2022, como parte de las actividades permanentes del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación “Fomento de la equidad y transparencia en la intermediación en línea en el sector turístico en España”, PID2020-120338GB-I00, IP: Prof. Dr. Klaus Jochen Albiez Dohrmann. Este trabajo es resultado de una estancia de investigación postdoctoral de tres meses realizada en UNIDROIT, sobre plataformas en línea, financiada con una Beca del Banco Santander para la movilidad de jóvenes investigadores. Este trabajo pertenece al Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación “Derecho e Inteligencia Artificial: nuevos horizontes jurídicos de la personalidad y la responsabilidad robótica”, PID2019-108669RB-I00/AEI/10.13039/501100011033. IP: Prof. Dra. Margarita Castilla Barea.

requisitos, deber de identidad y remedios privados. III. Deberes de los proveedores de servicios de intermediación sobre la prelación de ofertas: parámetros de clasificación, finalidades y limitaciones. IV. Otros deberes de los proveedores de servicios de intermediación con incidencia sobre la oferta. V. Conclusiones.

I. Del Reglamento 2019/1150 y su ámbito material de aplicación a un tratamiento legal sobre algoritmos e inteligencia artificial en las plataformas en línea

1. El marco regulatorio de la Unión para las plataformas en línea y las oportunidades del mercado único digital se basa en diversos principios rectores expresados por la Comisión Europea¹: la igualdad de condiciones para servicios digitales comparables; el comportamiento responsable de las plataformas en línea, aunque en la normativa proyectada no se encuentre prevista un régimen de responsabilidad objetiva transversal, salvo las obligaciones del art. 25 DSA para las grandes plataformas en línea²; la confianza, transparencia y garantía de la equidad en las plataformas; y, finalmente, la no discriminación y la garantía de la apertura del mercado para el fomento de la economía de datos. En este contexto, la transparencia en los sistemas de prelación de ofertas de las plataformas en línea, a modo de deberes empresariales dirigidos a los servicios de intermediación en línea para con los usuarios profesionales, constituye la base para la prevención de la discriminación algorítmica en la elección final del consumidor. A estos efectos, el presente trabajo abordará las disposiciones europeas que regulan esta cuestión, mediante las obligaciones legales establecidas en el Reglamento 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea³, conocido como *platform-to-business Regulation*, en adelante *P2B Regulation*.

2. La *P2B Regulation* apuesta por la transparencia y los remedios privados en las relaciones B2B entre plataformas intermediarias en línea y sus usuarios profesionales. A estos efectos, se ha creado el *EU Observatory on the Online Platform Economy*⁴, cuya función es controlar y examinar las últimas tendencias y disfunciones en la economía de las plataformas en línea. En cuanto a la Recomendación sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea, ha cristalizado en el art. 8 DSA. La DSA parte de tres objetivos específicos⁵, contenidos en el art. 1: la eficacia en la protección de los consumidores y sus derechos fundamentales en las plataformas en línea; el establecimiento de la transparencia y la rendición de cuentas en las plataformas en línea; y el fomento de la innovación, el crecimiento y la competitividad en el mercado único europeo. Por su parte, la DMA garantiza que los términos y condiciones de uso de la plataforma sean justas, mediante el establecimiento de unas prácticas desleales de los guardianes de acceso en su art. 5, para que los empresarios ofrezcan sus productos, bienes o servicios. Asimismo, la DMA mejora la oferta para los consumidores, y posibilita que las plataformas les ofrezcan nuevos servicios. Frente al incumplimiento de las reglas indicadas y dispuestas en el art. 25, en el art. 26 se prevén sanciones pecuniarias de hasta el 10% de la facturación anual de la empresa a nivel global, el pago de multas periódicas de hasta el 5% del promedio de la facturación diaria, así como otros remedios tras una investigación en la plataforma. Finalmente, otra de las cuestiones objeto del presente trabajo y cuyo estudio es abordado por parte de la Comisión Europea, es la transparencia algorítmica.

¹ EUROPEAN COMMISSION, “*Commission Staff Working Document “Online Platforms”*”, 2016.

² A fondo, atiéndase E. ARROYO AMAYUELAS, “La responsabilidad de los intermediarios en Internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n° 1, 2020, pp. 808-837.

³ DOUE de 11 de julio de 2019.

⁴ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/eu-observatory-online-platform-economy>.

⁵ Para un examen exhaustivo de la DSA en la línea de la protección del consumidor, atiéndase C. CAUFFMAN, “New EU rules on business-to-consumer and platform-to-business relationships”, *Maastricht journal of European and comparative law*, vol. 26, n° 4, 2019, pp. 469-479.

3. La *P2B Regulation*, por tanto, se enmarca en un contexto –descrito en la propia norma y que justifica su oportunidad– en el que más de 1 millón de empresas de la Unión comercian mediante plataformas en línea, correspondiendo el 60% a contratos privados y el 30% al consumo público de bienes y servicios relacionados con la economía digital. Se indica en este Reglamento que, en materia de discriminación algorítmica del consumidor y los sistemas de prelación de ofertas, y tras su consulta a los proveedores de servicios de intermediación, estos consideran correcto “aplicar obligaciones de divulgación de nivel relativamente alto, pero advierten que un exceso de transparencia podría suponer un riesgo de adulteraciones y manipulación de los algoritmos⁶”, mientras que son “favorables a la idea de supervisar la economía de las plataformas en línea, con la condición de que el seguimiento respete totalmente sus secretos comerciales”; esta última consideración incide en la utilización de los llamados *dynamic pricing algorithms*, o la utilización de algoritmos para modificar los precios al minuto, en función de la demanda⁷.

4. Sentadas estas bases, por lo que respecta al ámbito material de aplicación de este Reglamento, referido en el art. 1, se concretará en los servicios de intermediación en línea y motores de búsqueda en línea que utilicen los usuarios profesionales y los usuarios de sitios web corporativos, con domicilio en la Unión y que, por medio de servicios de intermediación en línea o motores de búsqueda en línea, ofrezcan bienes o servicios a los consumidores. Se excluye de la aplicación de este Reglamento a los servicios de pagos en línea, las herramientas de publicidad en línea, y las plataformas de intercambios publicitarios en línea sin transmisión directa ni relación contractual con los consumidores.

5. En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, se refiere a las relaciones B2B entre los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea y el proveedor de servicios de intermediación en línea, definidos en el art. 2. Por usuarios profesionales entiende tanto el particular que actúa en el marco de una actividad comercial o profesional, como toda persona jurídica que ofrece bienes o servicios a los consumidores a través de servicios de intermediación en línea, cuyos fines se refieren a su comercio, negocio, oficio o profesión. Por proveedor de servicios de intermediación en línea, o plataformas intermediarias en línea, entiende que es la persona física o jurídica que ofrece estos servicios a los usuarios profesionales o que les propone su uso. Finalmente, el ámbito espacial de aplicación del Reglamento es que la residencia habitual del consumidor se encuentre en un Estado de la Unión, con independencia del domicilio del proveedor del servicio.

6. Respecto de los algoritmos y la protección del consumidor, el art. 5.6 proporciona una referencia expresa. Indica que, a los efectos de establecer los parámetros principales que rigen la clasificación de los productos o servicios en las plataformas en línea, no es exigible la revelación de los algoritmos que puedan inducir a error a los consumidores, o bien causarles un perjuicio mediante la manipulación de los resultados, por parte de los proveedores de servicios ni de motores de búsqueda. La sugerencia de compra personalizada o *microtargeting* escapa a cualquier tratamiento legal⁸, porque la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior cabe cuando la práctica del empresario sea agresiva⁹, en el sentido de que implique una presión en el consumidor, y el *microtargeting* se enmarca en el terreno de la sugerencia de consumo personalizada, pues si se sugieren productos y servicios acorde a los gustos del consumidor, es más fácil que los acabe adquiriendo. Por otra parte, cuando se produce colusión algorítmica, es decir, la elimina-

⁶ R. CALO, “Digital Market Manipulation”, *George Washington Law Review*, vol. 82, n° 4, 2014, pp. 995-1051.

⁷ Sobre estos algoritmos y su alteración en los precios de la oferta de las plataformas en línea, atiéndase E. CALVANO, G. CALZOLARI, V. DENICOLÒ, S. PASTORELLO, “Artificial Intelligence, Algorithmic Pricing, and Collusion”, *American Economic Review*, vol. 110, n° 10, 2020, pp. 3267-3297.

⁸ M. EBERS, „Beeinflussung und Manipulation von Kunden durch Behavioral Microtargeting“, *MultiMedia & Recht*, vol. 21, n° 423, 2018, pp. 424-430, y F. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Microtargeting, transparencia, datos y propiedad intelectual. Una reflexión sobre los nuevos retos de la inteligencia artificial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 1-136.

⁹ DOUE de 11 de junio de 2005.

ción de oferta de la competencia en la plataforma como práctica anticompetitiva¹⁰, o la discriminación algorítmica, esto es, que se produce un sesgo en la elección definitiva del consumidor¹¹, es cuando procedería un tratamiento legal que debería abordar expresamente el legislador de la Unión¹². Mientras esta encomienda legislativa no se atienda, los deberes de las plataformas intermediarias en línea en relación con los usuarios profesionales operarán como mecanismo de protección del consumidor.

7. Por otra parte, las vías para regular la inteligencia artificial y sus perjuicios al consumidor pasarían por la prohibición de decisiones automáticas basadas en los algoritmos, su control externo mediante un organismo público regulador, y el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva de la plataforma. Mientras no se aborde una regulación en este sentido, los arts. 13 a 15 RGPD obligan a las plataformas intermediarias en línea a justificar las decisiones basadas en los algoritmos y el acceso a los datos. Finalmente, también se dispone en el art. 35 RGPD el derecho a la información sobre el tratamiento de los datos del usuario, junto con la atención al impacto de dicho tratamiento.

II. Deberes de los proveedores de servicios de intermediación en materia de Condiciones Generales de la Contratación: requisitos, deber de identidad y remedios privados

8. Los deberes de las plataformas intermediarias en línea tienen como función garantizar los controles que asisten al consumidor¹³. El carácter preventivo de estos deberes persigue evitar la excesiva onerosidad del contrato, así como la colusión y la discriminación algorítmicas. Asimismo, recordamos que los controles del consumidor se referirán al control de incorporación y el control de contenido, respecto de las Condiciones Generales de la Contratación y los términos y condiciones de uso de la plataforma, expresados mediante los acuerdos *clickwrap* y *browsewrap*, mientras que el control de transparencia formal y material afectará a las cláusulas particulares.

9. El art. 3 *P2B Regulation* establece unos requisitos de las Condiciones Generales de la Contratación para los proveedores de servicios de intermediación, en aras de proteger al usuario profesional por esta vía, en la línea de la imperativa protección del consumidor en materia de cláusulas abusivas¹⁴. Por lo que se refiere a los deberes de estos proveedores para con los usuarios profesionales, de conformidad con el apartado 3 del precepto, su incumplimiento determina la nulidad parcial de las Condiciones Generales de la Contratación, en virtud del principio de máxima conservación del contrato y de no exponer al consumidor a la retroactividad máxima derivada de su nulidad total. En este sentido, los requisitos

¹⁰ I. GRAEF, “Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence”, *Yearbook of European Law*, vol. 38, n° 1, 2019, pp. 448-499.

¹¹ P. HACKER, “Teaching fairness to artificial intelligence: Existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law”, *Common Market Law Review*, vol. 55, n° 4, 2018, pp. 1143-1185.

¹² En profundidad acerca de la aplicación de la DSA, DMA, AIA y el RGPD para la protección del consumidor frente a la colusión y discriminación algorítmicas, nos remitimos a C. ARGELICH COMELLES, “Gobernanza de las plataformas en línea ante la DSA y las Propuestas de Reglamento de Mercados Digitales e Inteligencia Artificial (DMA y AIA)”, *Anuario de Derecho Civil*, n° 2, 2022, pp. 501-530.

¹³ Para un análisis exhaustivo de la protección del consumidor en las plataformas en línea y la responsabilidad de los intermediarios, véanse E. ARROYO AMAYUELAS, “La responsabilidad de los intermediarios en Internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n° 1, 2020, pp. 808-837, M. CUENA CASAS, “La contratación a través de plataformas intermediarias en línea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, 2, 2020, pp. 283-348, y M. T. ÁLVAREZ MORENO, *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*, Madrid, Reus, 2021, pp. 10-300.

¹⁴ Respecto de las Condiciones Generales de la Contratación para la disciplina del proveedor de la plataforma, atiéndase K. J. ALBIEZ DOHRMANN, “La ausencia de negociación en la contratación digital a propósito del Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea”, *Anuario de Derecho Civil*, 4, 2022, pp. 1-44. Sobre la *P2B Regulation*, atiéndase C. CAUFFMAN, “New EU rules on business-to-consumer and platform-to-business relationships”, *Maastricht journal of European and comparative law*, vol. 26, n° 4, 2019, pp. 469-479.

se refieren a la comprensibilidad, accesibilidad¹⁵, la ineficacia en sentido estricto de la prestación del servicio, la información sobre canales de distribución adicionales, así como la información acerca de la afectación a la titularidad y propiedad intelectual.

10. Por lo que respecta a la notificación de la modificación de las Condiciones Generales de la Contratación del proveedor de servicios de intermediación al usuario profesional, esta debe estar formalizada en un soporte duradero, con un plazo de, al menos, 15 días de antelación, como exige el apartado cuarto del precepto. Este plazo se podrá prorrogar si los usuarios profesionales necesitan más tiempo para cumplir con las Condiciones Generales de la Contratación. Asimismo, no se aplicará el plazo referido por sujeción a una obligación legal o reglamentaria, así como por la modificación de las Condiciones Generales de la Contratación del usuario profesional; esta modificación debe obedecer a la prevención de un riesgo en materia de defensa de los servicios de intermediación en línea, de los consumidores o de los usuarios profesionales contra el fraude, *malware* o programas informáticos maliciosos, *spam*, seguridad de datos, así como riesgos en materia de ciberseguridad.

11. El apartado cuarto añade, a los efectos de la suspensión del servicio y la terminación, la inaplicación del plazo por una norma nacional conforme al Derecho de la Unión, o la infracción reiterada de las Condiciones Generales de la Contratación. Finalmente, el apartado quinto dispone un deber de garantía de la identidad del usuario profesional en la plataforma intermediaria en línea, que permite dar cumplimiento al control de transparencia con el consumidor en su elección final.

12. En el art. 4 es donde se establecen el deber de motivación, así como los remedios de adaptación y desvinculación. Por lo que respecta al deber de motivación de la restricción, suspensión y terminación del servicio de un usuario profesional –dispuesto en el apartado quinto del precepto–, es necesario especificar los hechos o circunstancias específicos, así como las notificaciones de terceros que condujeron a la decisión del proveedor de servicios. No obstante, será inexigible dicho deber cuando se produzca la sujeción a una obligación legal o reglamentaria, así como cuando el proveedor pueda demostrar que el usuario profesional ha infringido reiteradamente las Condiciones Generales de la Contratación.

13. Por lo que se refiere al remedio de adaptación en caso de restricción o suspensión del servicio, procederá cuando se haya producido un ofrecimiento de aclaración al usuario profesional, como rendición de cuentas a la plataforma y, en caso de revocación, se reincorporará al usuario profesional en la oferta de la plataforma. Finalmente, el remedio de desvinculación se arbitrará cuando se produzca la terminación del servicio, con un preaviso en el plazo de 30 días, pudiendo conceder una aclaración al usuario profesional, a modo de rendición de cuentas a la plataforma en línea. Este remedio tiene por finalidad la garantía de la seguridad, autenticidad y garantías de contratación al consumidor.

III. Deberes de los proveedores de servicios de intermediación sobre la prelación de ofertas: parámetros de clasificación, finalidades y limitaciones

14. El art. 5 *P2B Regulation* regula el tratamiento legal de los deberes de los proveedores de servicios de intermediación respecto de la prelación de la oferta disponible en la plataforma en línea¹⁶. A estos efectos, establece unos parámetros de clasificación en las Condiciones Generales de la Contratación, la finalidad de estos deberes y limitaciones a su exigibilidad. Por lo que respecta a los parámetros

¹⁵ I. VIVAS TESÓN, “Turismo accesible e inclusivo. La protección jurídica del consumidor con discapacidad”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 2, 2012, 171-185. R. SANTILLÁN SANTA CRUZ, “Las personas con discapacidad como consumidores vulnerables en el comercio electrónico: el problema de la accesibilidad digital”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 16, 2022, pp. 1412-1431.

¹⁶ T. TOVAR MENA, “Responsabilidad civil y relaciones de consumo. El deber de informar del proveedor y los defectos de información de los productos”, *Ius et Veritas*, nº 26, 2003, pp. 210-231.

de clasificación en las Condiciones Generales de la Contratación, dispuestos en los apartados primero a cuarto de este precepto, se refiere, en primer lugar, al establecimiento del deber de motivación de los parámetros. En segundo lugar, se establece la descripción actualizada de acceso fácil y público de los parámetros que sean más significativos para determinar la clasificación, lo que permite prevenir la discriminación algorítmica. En tercer lugar, se exige al proveedor la mención expresa al pago del usuario profesional para el posicionamiento superior de su oferta. Ello permite prevenir el *microtargeting* o sugerencia de compra personalizada sin información al consumidor. Finalmente, se impone la mención expresa en caso de alteración de un proveedor respecto a otros en el orden de clasificación por la notificación de un tercero.

15. Por lo que se refiere a las finalidades de estos deberes, dispuestas en los apartados quinto y séptimo, se concretan en diversos objetivos. En primer lugar, pretenden expresar las características de los bienes y servicios ofrecidos a los consumidores, pues la oferta vinculante es un deber del empresario. En segundo lugar, se dota de importancia a estas características para los consumidores. Ello permite cumplir con el deber de información precontractual, así como prevenir la colusión y discriminación algorítmicas. En tercer lugar, se incide en las características de diseño de los motores de búsqueda, en aras de cumplir con el deber de información precontractual. Finalmente, en el apartado séptimo, se establecen unas orientaciones de la Comisión Europea para las obligaciones de transparencia.

16. En apartado sexto, como hemos indicado el inicio de este trabajo, se contienen unas limitaciones a las exigencias de los deberes de los proveedores de servicios de intermediación sobre la prelación de ofertas. No se exige a los proveedores la revelación de los algoritmos ni de la información que pueda inducir a error a los consumidores. Por tanto, la *P2B Regulation* permite la discriminación algorítmica mientras no se aborde como tratamiento legal la responsabilidad objetiva de la plataforma. Finalmente, como una *rara avis* en esta materia, la Comisión de Garantías del Derecho de acceso a la información pública de la Generalitat de Cataluña informa sobre los algoritmos utilizados en sus plataformas públicas para el procesamiento de datos personales, incluyendo la programación del algoritmo.

IV. Otros deberes de los proveedores de servicios de intermediación con incidencia sobre la oferta

17. En los arts. 6 a 14 *P2B Regulation* se disponen otros deberes que giran en torno al deber de información en la oferta o el tratamiento de datos personales a los consumidores, a los deberes relativos a la buena fe contractual entre el usuario profesional y el proveedor del servicio, a la prevención de la discriminación algorítmica, y a los remedios de ineficacia contractual. Por lo que se refiere al deber de información en la oferta o el tratamiento de datos personales a los consumidores, el art. 6 exige la descripción de bienes y servicios auxiliares en las Condiciones Generales de la Contratación, y el art. 9 requiere el deber de información del acceso a los datos personales de los consumidores.

18. En cuanto a la buena fe contractual entre el proveedor de la plataforma y el usuario profesional, el art. 8 establece la prohibición de modificaciones retroactivas en las Condiciones Generales de la Contratación y la garantía de la desvinculación contractual para el usuario. Asimismo, los arts. 8 y 9 inciden en la necesidad de describir el acceso técnico y contractual a la información generada en la plataforma, el acceso a los datos personales que proporcionen los usuarios profesionales o los consumidores, y la información sobre restricciones en la oferta al usuario profesional en las Condiciones Generales de la Contratación. Por lo que respecta a la prevención de la discriminación algorítmica, el art. 7 establece la necesaria información sobre el tratamiento diferenciado de los bienes o servicios ofertados. Para concluir, se prevén como remedios de ineficacia contractual un sistema interno de tramitación de reclamaciones –en el art. 11–, la mediación de consumo –en los arts. 12 y 13–, y acciones colectivas y de organismos públicos en el art. 14.

V. Conclusiones

19. Tras el examen a los deberes empresariales de los proveedores de servicios de intermediación para con los usuarios profesionales, a modo de mecanismo preventivo de la discriminación algorítmica del consumidor, podemos indicar que resulta insuficiente para conseguir dicha finalidad, por lo que constituye una solución provisional, junto con los mecanismos reputacionales y el *Corporate Compliance* que pueda asumir la plataforma con los consumidores.

20. En este sentido, conviene indicar que en Alemania, tras la aprobación de la *P2B Regulation* y la incidencia de las plataformas intermediarias en línea en la libre competencia, por las prácticas descritas, se aprobó la Ley contra las restricciones a la libre competencia, de 19 de enero de 2021; se conoce como *GWB-Digitalisierungsgesetz*, y se denomina *Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen*. En su § 19a se ha previsto que el *Bundeskartellamt*, como organismo de control de la libre competencia, intervenga en caso de afectaciones a la libre competencia en las plataformas en línea, entre las que se prevé la preferencia de los servicios prestados por la plataforma en detrimento de otros ofertados en la misma por la competencia, así como la obstaculización de la entrada de competidores por el procesamiento de datos relevantes para la competencia¹⁷. Ello abre, como posible vía a explorar por el resto de los Estados de la Unión, un *legal transplant* para la intervención pública en materia de prelación de ofertas, para adelantar la protección del consumidor y prevenir la discriminación algorítmica.

21. En suma, para una adecuada protección del consumidor, sería necesario abordar un régimen de responsabilidad objetiva de la plataforma en línea en la que contrata; este tratamiento legal que no fue posible abordar es el que se propone en los informes del *Expert Group for the EU Observatory on the Online Platform Economy*, publicados en febrero de 2021, junto con una revisión completa de la *P2B Regulation*, así como modificaciones a las recién aprobadas DSA y DMA. Esperemos que, tras acometer estas actuaciones, pueda garantizarse, por vía de obligaciones legales y de responsabilidad objetiva de la plataforma, una verdadera protección del consumidor en la era digital.

¹⁷ Sobre las afectaciones a la libre competencia por el uso de la inteligencia artificial, véase A. EZRACHI, M. STUCKE, “Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition”, *University of Illinois Law Review*, vol. 1, 2017, pp. 1775-1810.

Allanando el camino para el reconocimiento de las ventas judiciales de buques celebradas en el extranjero. Análisis comparado de los procedimientos de venta judicial en jurisdicciones seleccionadas

Paving the way to recognising foreign judicial sales of ships. A comparative analysis of judicial sale proceedings in selected jurisdictions

YING-FENG SHAO

Doctoranda
World Maritime University

LAURA CARBALLO PIÑEIRO

Catedrática de Derecho internacional privado
Universidade de Vigo

ORCID ID: 0000-0002-7383-4482

MAXIMO Q. MEJIA JR.

Nippon Foundation Professor of Maritime Policy, Governance, and Administration
World Maritime University

ORCID ID: 0000-0001-6098-1304

Recibido: 21.09.2022 / Aceptado: 21.12.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7536

Resumen: El reconocimiento de la venta judicial de buque en el extranjero depende de las normas de derecho internacional privado del país donde se pretende su reconocimiento que, como es sabido, suele examinar diversos requisitos. Como quiera que los mismos están influenciados por las normas que rigen los procedimientos internos, este artículo realiza un análisis de derecho comparado en diversas jurisdicciones para comprender mejor cómo funcionan los mecanismos de reconocimiento de este tipo de ventas. De él se depende que, al menos, seis aspectos reciben un tratamiento diferente dependiendo de la jurisdicción examinada. De ellos, cuatro son susceptibles de reaparecer en el momento del reconocimiento poniendo en peligro la libre circulación del título de comprador del buque, esto es, la localización del buque en el momento de la venta, en qué condiciones se notifica, las divergencias en la venta estándar y la protección adicional otorgada a los acreedores privilegiados en la distribución del producto. En cambio, cuestiones como en qué momento iniciar una venta y cómo conseguir el mejor precio posible, aunque sustancialmente divergentes, no suelen ser obstáculo al reconocimiento.

Palabras clave: Buques, ventas judiciales, normas de procedimientos de venta judicial, reconocimiento de la venta judicial de un buque en el extranjero

Abstract: The extent to which a state will recognise the effects of a foreign judicial sale of a ship is subject to its private international law rules, which consist of various conditions for recognition. The application of these conditions may be mediated by the principles informing domestic sales. Thus, to understand better how national recognition mechanisms work, this article undertakes a comparative legal analysis of sale proceedings in selected jurisdictions to examine whether these principles fundamentally diverge and may impair the recognition. Varying principles exist as regards six aspects of the sale proceeding. In light of the prevailing conditions for recognition of foreign judicial sales, it is inferred that the principles concerning four sale aspects may resurface at the recognition stage, putting in danger the free circulation of the ship purchaser's title. These four sale aspects include the ship's location, the notification of sale, the variance in the standard sale, and the extra protection given to high-ranking creditors in the distribution of proceeds. In contrast, the principles in respect of the remaining two sale aspects, viz., the time to initiate a sale and the approach to obtaining the best possible price, though substantially divergent, may not impede the recognition.

Keywords: Ships, judicial sales, principles informing sale proceedings, recognition of foreign judicial sales

Sumario: I. Introduction. II. Divergences and convergences in sale proceedings across jurisdictions. 1. Conditions for initiating a judicial sale. A) What is a ship for judicial sale purposes. B) Who can initiate a sale before which public authority. C) Ship arrest before the sale. 2. Preparations for the sale. A) Service of the documents concerning the sale. B) Appraisal, publication and notification. 3. Concluding the sale. A) Sale by a public authority. B) Court-approved private sale. C) Stopping the sale. 4. After the sale: priority and payout. III. Discussion: relevance to the recognition of foreign judicial sales. IV. Conclusion.

I. Introduction

1. “Recognition of foreign judicial sales is an essential part of the theory, practice and integrity of maritime liens, mortgages and other charges against a ship.”¹ Absent recognition of the validity and effects of judicial sales, maritime privileges on ships cannot function properly. On the one hand, lacking confidence that the title conferred by sale in one state will be recognised wherever the ship goes, potential bidders would not offer a market price for the ship, reducing the possibilities of creditors being sufficiently paid out of the sale proceeds.² On the other hand, one legal system might resurrect the privileges on the ship, which were purged by sale in another, bringing legal uncertainty to the parties engaging in maritime ventures.³

2. Considering the importance of recognition of judicial sales, the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) has been deliberating over a future international convention governing the international effects of judicial sales since 2019.⁴ The UNCITRAL wishes that a uniform and simple solution could be established to facilitate the free circulation of the purchaser's title to the ship obtained from a judicial sale.

¹ W. TETLEY / R.C. WILKINS, *Maritime Liens and Claims*, International Shipping Publications, 1998, p. 1119.

² Comité Maritime International (CMI), *Yearbook 1985 Lisboa I*, p. 46.

³ W. TETLEY / R.C. WILKINS, *Maritime Liens and Claims*, International Shipping Publications, 1998, pp. 1098-1100; Y. SHAO / L. CARBALLO PIÑEIRO, “Towards a Harmonised Approach to the Recognition of Foreign Judicial Sales of Ships Through Conventions Addressing Maritime Liens and Mortgages”, *Il diritto marittimo*, 2021, pp. 736-761.

⁴ Documents about the progression of this draft can be found on the website of the UNCITRAL: main page – working documents – Working Group VI <https://uncitral.un.org/en/working_groups/6/sale_ships> accessed 28 October 2021.

3. The extent to which a state will recognise foreign judicial sales is subject to its private international law rules.⁵ Since these rules intend to further the considerations and aims upon which domestic maritime law rules are built,⁶ their application may be mediated by the legal principles embedded in the sale procedural rules under domestic law. Accordingly, recognition will be denied, if a foreign sale is not in line with what the requested state considers fundamental legal values.

4. Notice requirements provide an example. English law follows the principle that ship arrest constitutes constructive notice to the world. Thus no notification of sale will be given to the creditors on the ship unless they have intervened or entered cautions.⁷ In contrast, Dutch law follows the principle that an advertisement cannot replace the actual notification to interested parties. Hence, a forthcoming sale must be notified to the creditors known.⁸ These divergences might be referred to by an English or Dutch court when recognising a foreign sale, for instance, being employed as criteria for deciding whether or not natural justice or fair proceedings have been breached.⁹

5. Do sale proceedings and their underlying principles differ greatly in other essential matters, such as whether a ship arrest shall precede the sale, or when can a sale be initiated? More importantly, whether and how will those differences affect the recognition of foreign judicial sales? To answer such, an exploration of sale proceedings seems entailed.

6. This article hence examines the legal divergences and convergences of sale proceedings in four legal systems: English, Dutch, Maltese, and Chinese law. In this way, jurisdictions rooted in common and civil law traditions, and representing mixed and Asian legal systems, are all probed, enabling a comprehensive comparative legal study regarding judicial sales of ships. The following section examines the national procedural rules on judicial sales, followed by a section identifying and comparing the legal principles underlying these rules. The relevance of the identified principles to the recognition of foreign judicial sales is also discussed. This article finalises with some conclusions. Maritime claims are excluded from this research which only concerns the sale procedure. No private international law rules regarding the existence and ranking of maritime claims are referred to either. Besides, only sea-going ships are concerned.

II. Divergences and convergences in sale proceedings across jurisdictions

7. The judicial sale of a ship is an enforcement measure that realises the value of the defendant's asset to satisfy a claim in relation to the ship or the shipowner. As averred by David C Jackson, judicial sales are a remedy determinative of substantive issues, as opposed to an interim remedy, such as ship arrest.¹⁰ This section chronologically outlines the procedural stages of a sale, *i.e.*, from initiating the sale to distributing the sale proceeds.

1. Conditions for initiating a judicial sale

8. Three basic conditions must be met before a sale can be commenced: (i) there is a ship subject to a sale; (ii) the applicant is entitled to commence a sale; (iii) and the ship is arrested prior to the sale.

⁵ For a synopsis of the recognition of foreign judicial sales, see Y. SHAO / L. CARBALLO PIÑEIRO / M. Q. MEJIA, JR., "Recognition of Foreign Judicial Sales of Ships and Private International Law", *JIML*, vol. 28, 2022, pp. 166-186.

⁶ S. BRÆKHUS, «Choice of Law Problems in International Shipping (Recent Developments)», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 164, pp. 259-260.

⁷ See Section 2.

⁸ *ibid.*

⁹ Y. SHAO / L. CARBALLO PIÑEIRO / M. Q. MEJIA, JR., "Recognition of Foreign Judicial Sales of Ships and Private International Law", *JIML*, vol. 28, 2022, pp. 166-186.

¹⁰ D. C. JACKSON, *Enforcement of Maritime Claims*, Informa Law from Routledge, 2005, ch. 25.

A) What is a ship for judicial sale purposes

9. Ships are a transportation mode known to all. However, the asset that constitutes a ship for enforcement purposes varies from state to state.

10. English law does not have a definition of a ship for the purpose of arrest and sale, but a general definition of a ship can be found in the precedents and legislation concerning admiralty jurisdiction. “Used in navigation” is employed as the criterion for deciding whether or not a craft is a ship.¹¹ “Used in navigation” embodies two aspects: first, the water where the craft is used, is navigable;¹² second, the craft is capable of making ordered progression on the water from one point to another for discharging people or cargoes at the destination.¹³ Meeson and Kimbell emphasise the importance of Section 1(1) of the Merchant Shipping Act 1921, whereby “a lighter, barge or like vessel used exclusively in non-tidal waters, other than harbours, shall not for the purpose of this Act, be deemed to be used in navigation.”¹⁴ In other words, boats exclusively used on inland waters are not ships for the purpose of arrest and sale.

11. The Netherlands sets out a sweeping definition of ships, which applies to judicial sales.¹⁵ All things, except for aircraft, that according to their construction are intended for floating, and do float or have floated, are ships.¹⁶ Thus, vessels under construction,¹⁷ floating hulks (shipwrecks),¹⁸ jet skis¹⁹ and boats used in inland navigation, all of which may be denied as ships in English law, constitute ships under Dutch law. Note that a foreign sea-going ship, of which the gross volume is less than 20, or the gross tonnage is less than 6, or in the case of a ship under construction, which is not registered in the public register, shall otherwise be sold in the manner for general movables.²⁰

12. Maltese law does not define ships for judicial sales²¹ but has a definition for general purposes. Article 2 of the Merchant Shipping Act (Maltese MSA)²² employs “used in navigation” as the criterion for deciding whether or not a thing is a ship.²³ This provision, however, goes on to say that floating establishments or structures, and ships under construction, are also ships.²⁴ Thus, despite the identical words, “used in navigation” has different connotations in Maltese and English laws. It is unclear whether ships used in inland waterways are “used in navigation”. Given that the Maltese MSA is “based originally on the English merchant shipping legislation,”²⁵ it seems reasonable to infer that they may not be ships, provided that no explicit clarification exists in Maltese law for the time being.

¹¹ The Senior Court Act 1981, s 24(1); the Merchant Shipping Act 1995, s 313. See N. MEESON / J. KIMBELL, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, 5th ed, Informa Law from Routledge, 2017, paras 2.6 & 2.9.

¹² *The Mayor & Corporation of Southport v Morriss* [1893] 1 QB 359 (A sheet of water half a mile long could not be considered navigable); *Weeks v Ross* [1913] 2 KB 229 (Although the water on which the ship was used was short in the mile, the canal itself which included the concerned water was not enclosed but communicated to the sea via locks).

¹³ *R v Goodwin* [2006] 1 WLR 546; [2006] 1 Lloyd’s Rep 432. *Steedman v Scofield* [1992] 2 Lloyd’s Rep 163 (In these two cases, a jet ski was considered not to be a ship); *Polpen Shipping Company Ltd v Commercial Union Assurance Company Ltd* [1943] KB 161 (A flying boat was not a ship); *Curtis v Wild* [1991] 4 All ER 172 (Navigation referred to proceeding from one point to another for the purpose of discharging people or cargo at the destination. If the ship was used for mere pleasure purposes in a reservoir, it was not used in navigation).

¹⁴ N. MEESON / J. KIMBELL, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, 5th ed, Informa Law from Routledge, 2017, para 2.28.

¹⁵ L. BLEYEN, *Judicial Sales of Ships: A Comparative Study*, Springer, 2016, p. 74.

¹⁶ Book 8 of the Dutch Civil Code, effective 1 April 1991, a 1 (1). Hereinafter referred to as Dutch book 8.

¹⁷ The Dutch Code of Civil Procedure, effective 29 March 1828, a 562a. Hereinafter referred to as Dutch CCP. Compare N. MEESON / J. KIMBELL, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, 5th ed, Informa Law from Routledge, 2017, para 2.27.

¹⁸ *European and Australasian Royal Mail v P. & O.* (1866) 14 LT 704.

¹⁹ *R v Goodwin* [2006] 1 WLR 546; [2006] 1 Lloyd’s Rep 432. *Steedman v Scofield* [1992] 2 Lloyd’s Rep 163.

²⁰ Dutch CCP, a 576.

²¹ J. SCERRI-DIACONO / others, “The Meaning of ‘Ship’ in Judicial Sales in Malta”, *JIML*, vol. 25, 2019, pp. 156-160.

²² Chapter 234 of the Laws of Malta, effective 6 April 1973. Hereinafter referred to as Maltese MSA.

²³ Maltese MSA, s 2.

²⁴ *ibid.*

²⁵ R. COLES and E. WATT, *Ship Registration: Law and Practice*, 2nd ed, Informa, 2009, para. 19.2.

13. Chinese law defines ships in the Maritime Law of the People's Republic of China (Chinese ML),²⁶ whereby vessels no less than 20 gross tonnage and mobile at sea constitute ships.²⁷ Namely, vessels under construction which are not mobile, vessels used in inland navigation, and fixed establishments floating on water, cannot be categorised as ships. This definition is partly in line with the pertinent provisions in the Special Maritime Procedure Law of the People's Republic of China (Chinese SMPL)²⁸ and its interpretation (Interpretation of Chinese SMPL)²⁹ that crafts under 20 gross tonnage are not ships for maritime sale purposes. They shall be sold following the procedures for general movables.³⁰

14. Based on the above, one may say that any craft used at sea and able to discharge people or cargoes at the destination constitutes a sea-going ship susceptible to a judicial sale. Additionally, it is to note that ships used in public service will usually be granted immunity from arrest or judicial sale.³¹

B) Who can initiate a sale before which public authority

15. To commence a judicial sale, some legal systems require the creditor to obtain an enforceable title. Other states, however, do not regard an executive title as an indispensable precondition. Instead, a sale before judgment, *i.e.*, a sale *pendente lite*, is viable.

16. In English law and those following English maritime legislation,³² a sale may be petitioned by any party at any stage³³ in an action *in rem*,³⁴ which is against the ship and initiated by issue of a claim form.³⁵ Under English law, actions *in rem* must be brought before the Admiralty Court of the Queen's Bench Division of the High Court.³⁶ Admittedly, it is common for the court to sell the arrested ship after a judgment on the merits is rendered,³⁷ but by virtue of the inherent jurisdiction of the Admiralty Court,³⁸ a sale *pendente lite* may also be approved by the court. When a creditor petitions a sale before judgment, a certificate proving proper service of the claim form and an affidavit setting out the grounds for the application must be submitted.³⁹

²⁶ Effective 1 July 1993. Hereinafter referred to as Chinese ML.

²⁷ Chinese ML, a 3.

²⁸ Effective 1 July 2000. Hereinafter referred to as Chinese SMPL.

²⁹ Fa Shi [2003] 3. Hereinafter referred to as Interpretation of Chinese SMPL.

³⁰ Interpretation of Chinese SMPL, a 39.

³¹ What constitutes public service varies between states and deserves a detailed discussion in its right; however, this falls outside the inquiry concerned here, so no further will be discussed. For details, see as follows: for English law, the State Immunity Act 1978, a 10; for Dutch law, Dutch CCP, a 436; for Maltese law, the Code of Organization and Civil Procedure, a 863; for Chinese law, Chinese ML, a 3. Besides, both the Netherlands and the UK are member states to the International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Immunity of State-owned Vessels, signed at Brussels, April 10th 1926, and Additional Protocol, signed at Brussels, May 24, 1934 (176 LNTS 199). Article 3 of this convention sets out what ships are entitled to immunity from seizure, arrest or detention.

³² Such as Singapore, Malaysia, Brunei and India. They all allow sales *pendente lite* in actions *in rem*, see L. TEC, "Judicial Sale of Vessels in Asia-Pacific Common Law Jurisdiction", in CMI, *Yearbook 2013*, pp. 150-166.

³³ The Civil Procedure Rules 1998, r 61.10. Hereinafter referred to as English CPR.

³⁴ The Senior Court Act 1981, s 20.

³⁵ English CPR, r 61.3.

³⁶ English CPR, r 61.2(1).

³⁷ Note that English CPR, r 61.5(1) allows an arrest both before and after judgment. This rule reverses the leading precedent *The Alletta* ([1974] 1 Lloyd's Rep 40), which mandated that the creditor's right of arrest was lost once the claim was merged into the judgment. At present, English law follows the decision of the Singapore High Court in *The Daien Maru* ([1986] 1 Lloyd's Rep 387), which held that if no bail had been provided for the ship in the action, the creditor would be entitled to arrest the ship in the same action after obtaining the judgment.

³⁸ The power of the court in this matter is supplemented by Rule 25.1 of the English CPR, which governs the interim remedy by sale with respect to the perishable property. See N. MEESON / J. KIMBELL, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, 5th ed, Informa Law from Routledge, 2017, para. 4.125.

³⁹ A. MANDARAKA-SHEPPARD, *Modern Admiralty Law*, Cavendish Publishing, 2001, p. 139.

“Good reason” for sale must be substantiated in order for the court to order a sale pending action. In deciding on “good reason”, the admiralty judge seized⁴⁰ would consider the following matters. First, is there a claim to the satisfaction of the court?⁴¹ Second, will the value of a ship be diminished by continuous arrest over a long period to the detriment of all parties, if a sale is not ordered?⁴² Third, whether a judgment in default can be obtained, *i.e.*, whether or not at the date on which the judgment is entered an acknowledgement of service or defence has been filed.⁴³ If an action is defended, the court should review the application for sale more critically than it normally would in a default action.⁴⁴

17. Dutch law, like most civilian jurisdictions,⁴⁵ provides that a judicial sale shall be initiated in virtue of an enforceable title.⁴⁶ The bailiff of the district court within whose competence the ship is situated⁴⁷ has the power to arrest the ship for enforcement purposes,⁴⁸ *i.e.*, executive arrest.⁴⁹ Then, in principle, the civil law notary will conduct the sale. Alternatively, in the case of a foreign-flagged ship, the district court which arrested the ship can conduct the sale upon the application by a creditor.⁵⁰

Since a debtor is liable for a claim against it with all its assets,⁵¹ the enforceable title must be against the shipowner or secured by a privilege in relation to the ship. Instruments that constitute enforceable titles include judicial decisions rendered by courts, authentic acts with enforceability clauses, and other documents designated by law as enforceable titles.⁵² Notably, a mortgage established according to Dutch law, *i.e.*, in the form of a notarial deed that is inscribed in the public register, is an enforceable title.⁵³

18. Maltese law requires an enforceable title for initiating a judicial sale⁵⁴ but permits sales *pendente lite* in exceptional cases.⁵⁵ A judicial sale as an enforcement measure⁵⁶ is ordered and carried out by the court which delivered the judgment, or by the court competent to take cognisance of the ship when other executive titles are enforced.⁵⁷

Article 253 of the Code of Organization and Civil Procedure (Maltese COCP) sets out the instruments that can be enforced, including court decisions, notarial deeds, promissory notes and others. In addi-

⁴⁰ English PD, r 61.9.3. A sale prior to a judgment may only be ordered by the admiralty judge. It implies that a sale after a judgment may be ordered by either the admiralty judge or the admiralty registrar. The respective responsibilities of the admiralty judge and the admiralty registrar can be found on the website of the Admiralty Court, <<https://www.gov.uk/courts-tribunals/admiralty-court>> accessed 23 May 2022.

⁴¹ *The Hercules* (1885) LR 11 PD 10.

⁴² *The Myrto* [1977] 2 Lloyd's Rep 243.

⁴³ English CPR, r 61.9 (1).

⁴⁴ *The Myrto* (n 42).

⁴⁵ For example, Germany, Italy and Belgium. For German law, see J. ERIK PÖTSCHKE, «Judicial Sale of Ships in Germany as an Example for a Civil Law concept», in CMI, *Yearbook 2013*, pp. 143-150. For Italian law, see G. BERLINGIERI, «Italy Part III. Judicial Sales of Vessels and Priority of Claims», in C. BREITZKE / J. LUX (eds.), *Maritime Law Handbook*, Kluwer Law International BV, 2019. For Belgian law, see L. BLEYEN, *Judicial Sales of Ships: A Comparative Study*, Springer, 2016, pp. 44-47.

⁴⁶ Dutch CCP, a 430.

⁴⁷ The competence of a district court in relation to an executive arrest is not clear under Dutch law. Nevertheless, the court within whose competence the ship is expected to enter or is located is competent to order a conservatory arrest, and a conservatory arrest may be followed by execution. In this vein, in practice, the court within whose competence a ship sits is competent to order the executive arrest of that ship. See L. BLEYEN, *Judicial Sales of Ships: A Comparative Study*, Springer, 2016, p 71.

⁴⁸ Dutch CCP, a 563.

⁴⁹ As opposed to precautionary arrest.

⁵⁰ Dutch CCP, aa 570 & 575.

⁵¹ Dutch Book 3, s 3.9.4 (Mortgage).

⁵² Dutch CCP, a 430.

⁵³ Dutch Book 3, a 268.

⁵⁴ The Code of Organization and Civil Procedure (Chapter 12 of the Laws of Malta), effective 1 August 1855, aa 252, 260. Hereinafter referred to as Maltese COCP.

⁵⁵ Note that although Malta has the concept of *in rem* jurisdiction under which a ship may be arrested as security for a claim *in rem*, a precautionary arrest is also viable *in personam* proceedings. See K. DINGLI / T. GRECH, “Ship Arrest in Malta”, <<https://shiparrested.com/wp-content/uploads/2016/04/MaltaSAP.pdf>> accessed 23 May 2022.

⁵⁶ As opposed to a precautionary measure.

⁵⁷ Maltese COCP, a 264.

tion, registered mortgages established according to the Maltese MSA constitute enforceable titles.⁵⁸ When the court is satisfied that the debtor is insolvent or otherwise unlikely to be able to continue trading and maintaining the asset, it may, upon the application of a creditor, order the sale of the arrested ship *pendente lite*.⁵⁹ Apart from financial status, other factors that must be considered include the nature of the claim, the defence raised against the claim, and steps taken by the debtor to secure the claim or preserve the asset.⁶⁰

19. In Chinese law, any creditor of an enforceable title can apply for an order of sale;⁶¹ in tandem with it, a sale *pendente lite* can be petitioned in any maritime claim⁶² before a maritime court.⁶³ The maritime court that arrested the ship shall order and conduct a judicial sale.⁶⁴ If the creditor of a judgment rendered by a district court applies for a judicial sale before that court,⁶⁵ that court must entrust the maritime court, within whose competence the ship registration port sits, or the ship is situated, to carry out the arrest and sale.⁶⁶ District courts are not competent to levy execution upon ships.

Enforceable titles under Chinese law comprise judgments, court rulings, arbitral awards, and other legal documents,⁶⁷ such as a notarial deed that contains enforceability clauses.⁶⁸ If the shipowner or other interested parties fails to provide security for release within the fixed period for arrest, which is 30 days,⁶⁹ and the ship is not suitable for continuously being under arrest, the arrestor can apply to the court that arrested the ship for the ship to be sold *pendente lite*.⁷⁰ Or, if the arrestor does not petition such, the debtor can apply for a sale *pendente lite* after commencement of an action.⁷¹ The court will examine with caution the grounds for the application.⁷² Only if the ship may cause a hazard to the safe navigation, the defendant disappears or evades the action or cannot repay the debt, or the diminishing of the value of the ship under arrest is substantial, the court may render the arrest improper and thus order a sale.⁷³

20. As a general insight, it seems not easy for a creditor to obtain a *sale pendente lite*. Before acceding to the sale application, the court will examine all facts relevant to the sale application, particularly the claim's merits and the ship's status. A sale pending judgment may be ordered only in cases where a purportedly valid claim is not defended, the debtor's solvency is in doubt, and the value of the ship under arrest keeps decreasing considerably. A sale pending action is more like an exception than a routine. As a corollary, a sale *pendente lite* may not necessarily make the jurisdictions which allow it more advantageous than those denying it, as a strict and lengthy review will take place.⁷⁴

⁵⁸ Maltese COCP, a 253; Maltese MSA, a 42(2).

⁵⁹ Maltese COCP, a 864.

⁶⁰ *ibid*, a 864.

⁶¹ The Supreme People's Court's Interpretation on the Application of the Civil Procedure Code of the People's Republic of China, amended 10 April 2022, a 484, hereinafter referred to as Interpretation of Chinese CCP.

⁶² Chinese SMPL, s 21; Interpretation of Chinese SMPL, a 15. There are twenty-two maritime claims that must be filed before a maritime court. They are identical to those listed in Article 1 of the International Convention on Arrest of Ships, 1999 (2797 UNTS 3).

⁶³ In China, there are eleven maritime courts separately located in different provinces.

⁶⁴ Regarding an arrest prior to an action, the competent maritime court for arrest is that within whose competence the ship is situated. In contrast, an arrest after an action has no geographical restrictions over the maritime court. Chinese SMPL, ss 13, 29.

⁶⁵ In general enforcement, a judgment or ruling shall be enforced by the court of first instance, which rendered it, or the court of first instance, within whose governance the property is situated. The Code of Civil Procedure of the People's Republic of China, amended 1 January 2022, a 231. Hereinafter referred to as Chinese CCP.

⁶⁶ Interpretation of Chinese SMPL, a 15.

⁶⁷ Chinese SMPL, s 22.

⁶⁸ Chinese CCP, a 238; the Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Handling of Enforcement Objection and Review Cases by the People's Courts (Fa Shi [2015] 10), a 22.

⁶⁹ Chinese SMPL, s 28.

⁷⁰ *ibid*, s 29.

⁷¹ Interpretation of Chinese SMPL, a 30.

⁷² Chinese SMPL, s 30.

⁷³ L. ZHANG, *Ship Arrest and Relevant Issues*, Law Press China, 2009, pp. 151-153. See also the Guidance of Auction Work of the Nan-jin Maritime Court, s 2. <南京海事法院_《南京海事法院船舶拍卖工作指南》(njhsfy.gov.cn)> accessed 4 July 2022. Hereinafter referred to as the Nan-jin Maritime Court Guidance.

⁷⁴ L. BLEYEN, *Judicial Sales of Ships: A Comparative Study*, Springer, 2016, p. 130.

C) Ship arrest before the sale

21. The ship shall be in the hands of the authority which is to conduct the sale. To this end, typically, the sale is preceded by a ship arrest.

22. In English law, to obtain an order of sale, the ship must be under arrest in the action in which the sale petition is filed. If the ship has been arrested in another action, it has to be arrested again in this action.⁷⁵ Once an action *in rem* is instituted, the claimant may apply for a warrant of arrest.

The warrant is executed by service of the warrant on the property, and the service must be effected by the admiralty marshal or its substitute.⁷⁶ If service of the warrant is not reasonably practicable, the arrest may also be effected by service of a notice of the issue of the warrant in the same manner, or giving notice of the arrest to those in charge of the property.⁷⁷

The marshal is responsible for the custody of a ship. As the custodian, the marshal is expected to keep the ship safely under arrest and unable to depart unlawfully, meanwhile incurring the least possible expenditure in performing its duty.⁷⁸ Note that the marshal's custody does not replace the shipowner's duty of control of the ship. Where the case seems appropriate, the marshal may remove vital components of the ship, notify the port authority, or employ watchmen for an uncrewed ship.⁷⁹ Expenses incurred in doing such must be advanced by the arrestor through its solicitors.⁸⁰ Where the cost has not yet been recovered from the arrestor, the marshal may directly claim it from the sale proceeds upon application to the court.⁸¹

23. Under Dutch law, the ship to be judicially sold shall be under executive arrest.⁸² The arrest is effected by means of a warrant of arrest,⁸³ which states, among others, details of the ship, the enforceable title, and information of the executor.⁸⁴ The warrant shall be inscribed in the Dutch public registry if the ship is registered there.⁸⁵

The arrest is completed by the bailiff on board the ship.⁸⁶ Two particular situations deserve mentioning. First, if the ship is already under precautionary arrest, from the moment the creditor obtains an enforceable title, the precautionary arrest converts into executive arrest.⁸⁷ Second, when there is a link between the Netherlands and the claim, the ship can be placed under executive arrest when it is not within the territorial jurisdiction of the Netherlands.⁸⁸ Accordingly, in the context of a Dutch mortgage, the ship may be held under executive arrest by execution of a leave provided by a Dutch court. That leave is granted upon a petition to take control of the ship on account of a taking control clause, as stipulated in the mortgage notarial deed.⁸⁹

⁷⁵ *The Wexford* (1883) 13 PD 10.

⁷⁶ English CPR, r 61.5.8.

⁷⁷ English PD, r 61.5.5.

⁷⁸ *The Westport (No.2)* [1965] WLR 871. Otherwise, the marshal may be accused of depleting the proceeds.

⁷⁹ R. HEWARD, «England and Wales Part III. Judicial Sales of Vessels and Priority of Claims», in C. BREITZKE / J. LUX (eds.), *Maritime Law Handbook*, Kluwer Law International BV, 2019, pp. 5-6.

⁸⁰ In applying for arrest, the claimant must give an undertaking as to advance any expenditure in the arrest, custody and sale. English PD, r 61.5.1.

⁸¹ R. HEWARD, «England and Wales Part III. Judicial Sales of Vessels and Priority of Claims», in C. BREITZKE / J. LUX (eds.), *Maritime Law Handbook*, Kluwer Law International BV, 2019, p. 6.

⁸² L. BLEYEN, *Judicial Sales of Ships: A Comparative Study*, Springer, 2016, p. 79.

⁸³ Dutch CCP, a 565.

⁸⁴ *ibid*, a 565 para 1.

⁸⁵ *ibid*, a 566. Any encumbrance or administration effected after the registration of the warrant cannot be invoked against the arrestor.

⁸⁶ *ibid*, a 564.

⁸⁷ *ibid*, a 704.

⁸⁸ L. BLEYEN, *Judicial Sales of Ships: A Comparative Study*, Springer, 2016, p. 77.

⁸⁹ D. V. BEMMEL, «The Enforced Sale of Sea-going Vessels in the Netherlands», < <https://langelaarklinkhamer.com/en/the-enforced-sale-sea-going-vessels-the-netherlands/> > assessed 21 June 2022

The master is responsible for the ship under arrest unless the bailiff appoints a custodian.⁹⁰ The custodian may be liable for negligence in its custody, although the custodian is not obliged to stay on board the ship.⁹¹ The bailiff may take necessary measures to prevent the ship from fleeing or to preserve the ship, such as repairs, removal of an essential part of the engine, or sending notice of the arrest to the port authority.⁹² The costs resulting from these measures can be claimed from the sale proceeds with a high priority.⁹³

24. In Maltese law, a ship to be arrested and sold shall physically be located within the territory of Malta.⁹⁴ To keep the ship within the territory throughout the enforcement proceeding, an executive arrest will usually be ordered upon the application by the executor. When a petition is made for such issue of an executive warrant of arrest, the court will either order the sale or fix a time limit within which the debtor shall pay the amount due.⁹⁵

The executive warrant is executed by serving it on the executive officer of the authority which has the ship in its hands or under its control.⁹⁶ If the ship is already under precautionary arrest, the precautionary warrant remains in force for 15 years after the cause becomes *res judicata*.⁹⁷ In that case, the court may directly issue an order of sale upon the application by the executor.⁹⁸

The shipowner is responsible for the ship under arrest. Where appropriate, the transport authority in whose hands the ship is attached may intervene and take necessary measures to preserve the arrested ship.⁹⁹ For example, if a ship is uncrewed, the transport authority may supply crew members to assist the ship.¹⁰⁰ The arrestor will advance the costs incurred and then recover from the sale proceeds.¹⁰¹

25. Under Chinese law, in order for a maritime court to sell a ship in enforcement proceedings, the ship must be under executive arrest.¹⁰² The arrest is effected by means of a warrant of arrest.¹⁰³ The warrant usually states the enforceable title, the parties' information, and the ship's particulars. Normally, the court will send notice of the warrant to the ship registry, requesting assistance from the latter.¹⁰⁴

The warrant is executed by the bailiff, who will complete the arrest on board the ship.¹⁰⁵ If the ship is already under precautionary arrest, the precautionary arrest converts into executive arrest from the moment the enforcement proceedings are commenced.¹⁰⁶

The shipowner or bareboat charter is responsible for the custody of the ship under arrest. If they refuse to fulfil their obligations, the court may appoint the arrestor or a third party as the custodian. The

⁹⁰ Dutch CCP, a 564 (2). In practice, the custodian appointed is usually the master.

⁹¹ L. BLEYEN, *Judicial Sales of Ships: A Comparative Study*, Springer, 2016, p. 81.

⁹² *ibid*; Dutch CCP, a 564 (3).

⁹³ *ibid*; Dutch book 8, a 211.

⁹⁴ F. BERLINGIERI, «Synopsis of the Replies from the Maritime Law Associations of Argentina, Australia, Belgium, Brazil, Canada, China, Croatia, Denmark, Dominican Republic, France, Germany, Italy, Japan, Malta, Nigeria, Norway, Singapore, Slovenia, South Africa, Spain, Sweden, America, Venezuela to the Questionnaire in Respect of Recognition of Foreign Judicial Sales of Ships», in CMI, *Year Book 2010*, pp. 247-384, question 2.1 (Malta). Hereinafter referred to as Malta's Reply to the Questionnaire of CMI.

⁹⁵ Maltese COCP, a 388 D.

⁹⁶ *ibid*, a 856 (2).

⁹⁷ *ibid*, a 838B (1).

⁹⁸ *ibid*, a 313.

⁹⁹ *ibid*, a 857 (4).

¹⁰⁰ "Ship Arrest For Seafarers' Wages in Malta", < https://seafarersrights.org/legal_database/ship-arrest-for-seafarers-wages-in-malta/ > accessed 6 June 2022.

¹⁰¹ Maltese COCP, a 857 (4).

¹⁰² Chinese SMPL, s 29; Interpretation of Chinese CCP, a 484.

¹⁰³ Interpretation of Chinese CCP, a 484.

¹⁰⁴ Upon receiving such a notice, the ship registry will thereafter refuse to change the records of the ship arrested. The Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Application of Laws to the Arrest and Auction of Ships (Fa Shi [2015] 6), a 1. Hereinafter referred to as Chinese Provisions on Arrest and Sale.

¹⁰⁵ On grounds of difficulty, the court may resort to the port authority, the police or the border control for assistance.

¹⁰⁶ The Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Property Preservation by the People's Courts (Fa Shi [2016] 22), a 17, hereinafter referred to as Chinese Provisions on Property Preservation.

expenditures incurred thereof shall be borne by the shipowner or bareboat charterer, or claimed from the sale proceeds.¹⁰⁷

26. This enquiry shows that, generally, a ship shall be under arrest before a judicial sale. One notable difference among jurisdictions, however, exists on what action constitutes an arrest for enforcement purposes. English, Maltese and Chinese laws concur that the arrest of a ship means that the ship is physically in the hands of the court. Namely, the arrested ship must stay within the territory of the state arresting it. Dutch law, on the other hand, provides that when a Dutch mortgage is to be enforced, the ship can be held under executive arrest even if the ship's presence is not within the Dutch territory. It indicates that a Dutch court may assert jurisdiction to dispose of a ship based on its artificial *situs*, rather than physical *situs*.¹⁰⁸

2. Preparations for the sale

27. The authority conducting the sale, whether a court or any other competent authority, must make some preparations for the sale. This section examines three vital ones: service of the documents concerning the sale, appraisalment of the ship's value, and publication and notification of the sale.

A) Service of the documents concerning the sale

28. Certain documents are served before the sale takes place, to guarantee that the parties with interests on the ship are given access to justice. Depending on the law of the state conducting the sale, these documents may be the *in rem* claim form, the enforceable title, the command of payment, the warrant of arrest, and the order of sale.

29. Under English law, two documents must be served prior to a judicial sale, *viz.*, the *in rem* claim form that initiates the action *in rem* in which the ship can be arrested and sold, and the notice of an application to the court for sale. The claim form may be served by anyone, as long as service is effected in the correct manner; however, it may not be served out of the jurisdiction.¹⁰⁹ Anyone may accomplish the service: by fixing a copy of the claim form on the outside of the property in a conspicuous position that may be seen; where there is a notice against arrest, on the person stated in the notice as being entitled to receive service; in any other manner as the court may direct if the property to be arrested is within the territory.¹¹⁰ The sale application notice shall be served on the parties to the claim,¹¹¹ persons who lodged cautions against release, and the admiralty marshal.¹¹²

30. In Dutch law, there are two documents that the bailiff must serve before a judicial sale – a command of payment and, if the ship is not under precautionary arrest, a warrant of arrest. The creditor with an enforceable title shall first instruct the bailiff to serve the command of payment, which demands the debtor to fulfil its obligation within 24 hours, on the shipowner, or in the case of a shipping company,

¹⁰⁷ Chinese Provisions on Arrest and Sale, a 7.

¹⁰⁸ For a discussion on the relationship between movable dispositions and the *res situs*, see A. V. DICEY / others, *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, 15th ed., Sweet and Maxwell, 2015, para. 22-058.

¹⁰⁹ *The Good Herald* [1987] 1 Lloyd's Rep 236. N. MEESON / J. KIMBELL, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, 5th ed, Informa Law from Routledge, 2017, para. 4.16.

¹¹⁰ English PD, r 61.3.6.

¹¹¹ Includes those who intervene in the claim to protect their interests in the *res*, see N. MEESON / J. KIMBELL, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, 5th ed, Informa Law from Routledge, 2017, para. 4.71.

¹¹² English PD, r 61.9.1.

on the accountant.¹¹³ If the debt is not satisfied in time, the arrest warrant will be issued.¹¹⁴ The warrant shall be served on the shipowner or its accountant, and the debtor if different from the shipowner.¹¹⁵ When the shipowner or its accountant is unknown, service can be effected by giving the warrant to the master, skipper, or deputy. Where these persons are also unknown, service can be achieved by leaving a copy of the warrant on the ship.¹¹⁶ Additionally, after the warrant is inscribed in the Dutch public registry,¹¹⁷ the warrant shall be served on the registered mortgagees within four days after registration.¹¹⁸

31. In Maltese law, three documents may be served before a judicial sale: a command of payment (intimation of payment), the notice of a sale application, and an executive warrant of arrest, or in the case of the ship under precautionary arrest, an order of sale. Judgments can be enforced two days from delivery; no commands of payment are in need.¹¹⁹ Other enforceable titles, however, cannot be enforced until the lapse of at least two days from the service of command of payment on the debtor.¹²⁰ Although no legislation provides such, the sale application notice will normally be served on the shipowner and other arrestors. In addition, the debtor is expected to send notice of the sale application to the registered mortgage.¹²¹ After issuing the executive warrant of arrest, a copy of the warrant shall be served on the debtor,¹²² the shipowner if it is not the debtor, the master or other person in charge of the ship, or the agent of the ship.¹²³ In the case of an order of sale, a copy of the order will be served on the debtor or its lawful representative.¹²⁴ In principle, service is effected by the court officer. Nevertheless, in the context of ship arrest, the person indicated by the arrestor may be designated by the court to effect service.¹²⁵

32. Under Chinese law, three documents will be served prior to a judicial sale, *viz.*, a command of payment (a notification of enforcement), a warrant of arrest if the ship is not under precautionary arrest, and an order of sale. If the debtor does not perform its obligations under an enforceable title, the creditor can apply to the court for enforcement of the title.¹²⁶ Upon receipt of such an application, the court shall issue and serve the command of payment on the debtor, demanding the debtor to pay the debt within a fixed period.¹²⁷ If the debt is not paid on time, the arrest warrant,¹²⁸ followed by the sale order, will be served on the debtor,¹²⁹ or the master if different from the claimant.¹³⁰

33. This enquiry finds both divergences and convergences between jurisdictions as regards ser-

¹¹³ Dutch CCP, a 563; Dutch Book 8, a 178. If the competency of the accountant of the shipping company (the administrator of the shipowners society) is explicitly limited in the Dutch Trade Registry, the command of payment cannot be served on the accountant. See L. BLEYEN, *Judicial Sales of Ships: A Comparative Study*, Springer, 2016, pp. 79-80.

¹¹⁴ Dutch CCP, a 565.

¹¹⁵ *ibid*, a 565 para 3.

¹¹⁶ *ibid*, a 565 para 4.

¹¹⁷ *ibid*, a 566.

¹¹⁸ *ibid*, a 67 (1).

¹¹⁹ Maltese COCP, a 256 (1). On grounds of urgency, the court may abridge these periods of time, Maltese COCP, a 257.

¹²⁰ The creditor will file an intimation, known as a judicial letter, against the debtor, before the competent court, demanding satisfaction in accordance with the enforceable title. The judicial letter will be served by the court on the debtor. Maltese COCP, a 256 (2).

¹²¹ Malta's Reply to the Questionnaire of CMI, question 2.4.

¹²² Maltese COCP, a 278 (1).

¹²³ *ibid*, a 856 (3).

¹²⁴ *ibid*, a 278 (1).

¹²⁵ The Maltese Act No. XXXI of 2019, a 9; Maltese COCP, a 856 (3).

¹²⁶ Chinese CCP, a 243.

¹²⁷ Interpretation of Chinese CCP, a 480.

¹²⁸ In practice, the court has the power to order only the arrest of a ship, and then with the consent of the creditor, direct the debtor to fulfil its obligations within a fixed time. Thus, an executive arrest is not always followed by a judicial sale. Interpretation of Chinese CCP, a 484.

¹²⁹ The Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Enforcement by the People's Courts (Trial Implementation) (Fa Shi [1998] 15), r 24.

¹³⁰ Interpretation of Chinese SMPL, a 54.

vice. Regarding convergences, it is a shared rule that the shipowner, and the debtor if different from the shipowner, shall always be alerted to the upcoming sale. They are thus given a chance to stop the sale, for instance, by meeting the debt, if they wish so.

34. Two divergences are observed. First, the person responsible for the service duty varies. English law allows any party to effect service, whereas the Netherlands and China permit only court officers. Maltese law is flexible to the extent that both court officers and the persons designated by the parties can effect service in the context of ship arrest. Second, apart from the executor, the creditors who are entitled to receive service diverge. In a Maltese sale, all arrestors will be, and registered mortgagees might be served with a notice of the sale application. In Dutch law, the arrest warrant will be served on registered mortgagees. Under English law, the sale application notice will be served on the persons who entered caveats. Chinese law does not require any creditors to be served with any document at this stage. That said, they will otherwise be notified of the sale at the later notification stage, as stated below.

35. One may wonder what will happen if the creditors who have received official documents do not immediately intervene in the sale proceeding. Two scenarios may come up. First, the sale goes on, and then these creditors participate in the distribution process. Second, these creditors await until the notification stage and oppose the sale if they find the conditions, time, place, *etc.* of the sale inappropriate, as discussed below. In short, these creditors will not lose their right to obtain payment out of the proceeds nor the opportunity to oppose the sale.

B) Appraisal, publication and notification

36. The upcoming sale shall be advertised to the public and divulged to the relevant parties. In some states, this entails an appraisal of the value of the ship.

37. In English law, an appraisal, usually by the shipbroker appointed by the marshal, must be made to prevent the ship from being sold at an unreasonably low price. The appraised value shall not be disclosed to anyone other than the marshal at the preparation stage.¹³¹ After appraisal, the shipbroker immediately drafts and publishes an advertisement for the sale, which is about to take place in 3 or 4 weeks.¹³²

The advertisement of sale will, in principle, be repeated after its first appearance and include what follows: the ship's main characteristics; the marshal's conditions of sale, including that the ship is to be sold "as is where is"; the form of sale, usually by private treaty; and, information concerning the inspection of the ship.¹³³ Commercial ships are at all times advertised in "Lloyd's List".¹³⁴ A copy of the sale conditions is available at the shipbroker.

The shipbroker will notify the plaintiff and cautioners against release of the ship by sending a copy of the advertisement.¹³⁵ The other creditors shall assume the responsibility to keep themselves informed of what happens to the ship. Hence no notification will be given to them.¹³⁶

38. Dutch law does not mandate the ship to be appraised. In the conditions of sale, drafted by the executor's lawyer and approved by the authority for sale, what follows will be stated: whether there

¹³¹ N. MEESON / J. KIMBELL, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, 5th ed, Informa Law from Routledge, 2017, para 4.105.

¹³² R. HEWARD, «England and Wales Part III. Judicial Sales of Vessels and Priority of Claims», in C. BREITZKE / J. LUX (eds.), *Maritime Law Handbook*, Kluwer Law International BV, 2019, p. 10.

¹³³ *ibid*, p. 8

¹³⁴ *ibid*, p. 11.

¹³⁵ Explanation of the concept of caution against release, can be found in N. MEESON / J. KIMBELL, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, 5th ed, Informa Law from Routledge, 2017, paras. 4.93-96.

¹³⁶ R. HEWARD, «England and Wales Part III. Judicial Sales of Vessels and Priority of Claims», in C. BREITZKE / J. LUX (eds.), *Maritime Law Handbook*, Kluwer Law International BV, 2019, p. 11.

is a minimum price, whether the ship is sold free from encumbrances, the security to be provided by potential bidders, the risk in the transfer of ship, and that the sale is “as is where is”.¹³⁷ A copy of the sale conditions can be obtained from the sale authority.¹³⁸

If the sale is before a notary, the notary shall determine the place and time for sale within fourteen days of its appointment,¹³⁹ and the advertisement will be made per the customs of the place where the ship is under arrest, at least fourteen days before the sale takes place.¹⁴⁰ If the ship is foreign-flagged, upon an application of the notary or the executor, the provisional measures judge can designate one or more newspapers of that foreign country in which the advertisement is to be published, and increase the fourteen days.¹⁴¹ Apart from newspapers, the advertisement shall also be posted at the places where the ship is under arrest and where the sale will happen.¹⁴² If the executor can apply to the district court for the ship to be sold before a judge, the judge will determine the time and date for sale.¹⁴³ The sale cannot take place before thirty days have elapsed since: (i) the executor files to the court the sale conditions, (ii) the validity of advertisement and notification is declared by the bailiff or the executor’s lawyer, and (iii) a list of known creditors and arrestors is submitted by the executor’s lawyer to the court.¹⁴⁴

The advertisement of sale will include the following matters: the name of the notary or judge who is in charge of the sale, the name and address of the executor, the enforceable title, the underlying claim, the names of the shipowner and the debtor, the particulars of the ship, and the time and place of sale.¹⁴⁵

Notification of the sale will be made. In the context of a notary sale, the notary shall inform the shipowner, arrestors and other known creditors by sending a copy of the sale conditions, at least thirty days before the sale takes place.¹⁴⁶ In the case of a judge sale, the executor shall immediately inform the rightful claimants and arrestors in writing of the time and place of the sale.¹⁴⁷

39. Under Maltese law, in the auction of movables,¹⁴⁸ including ships, an appraisal may be made if required by the creditor or the debtor,¹⁴⁹ and no minimum price is required for ship auctions.¹⁵⁰ A ship auction cannot be held in public; the court shall give such directions as it may deem proper for disposal of the ship in the manner most advantageous to the interested parties.¹⁵¹

The court registrar regularly publishes the list of judicial auctions in two newspapers, one being in Maltese and the other in the language of English. The advertisement usually includes the date and place of sale, the ship’s particulars, and the enforceable title.¹⁵² Additionally, the debtor, creditor or any other interested person may publish and inform, at their own expense, any particular sale in any newspaper or broadcast the same over any other broadcasting medium.¹⁵³

The court is not bound to inform any known creditors of the time and place for the auction. That said, the executor has served the sale application on all arrestors, and the debtor possibly has informed

¹³⁷ Dutch CCP, aa 570 & 517 (2).

¹³⁸ *ibid*, aa 570 & 517 (2).

¹³⁹ *ibid*, a 570.

¹⁴⁰ *ibid*, a 571.

¹⁴¹ *ibid*, a 571.

¹⁴² *ibid*, a 572.

¹⁴³ *ibid*, a 575.

¹⁴⁴ *ibid*, a 571.

¹⁴⁵ *ibid*, a 572.

¹⁴⁶ *ibid*, aa 570, 517 (1) & 515 (2).

¹⁴⁷ *ibid*, a 575.

¹⁴⁸ Except for those consisting of gold or silver articles, pearls or precious stones or of other precious articles. Maltese COCP, a 315 (1).

¹⁴⁹ Maltese COCP, a 315 (2).

¹⁵⁰ This rule shall apply to ships and other vessels exceeding 10 meters in length. Small ships which have been appraised will have a minimum price, which is not less than 60% of the value appraised, in an auction. Maltese COCP, a 319 (5).

¹⁵¹ Maltese COCP, a 314 (2).

¹⁵² Malta’s Reply to the Questionnaire of CMI, question 2.1.

¹⁵³ Maltese COCP, a 313.

registered mortgagees of the sale underway.¹⁵⁴ As such, at least these parties could track down the sale's time and place in the newspaper.

40. In Chinese law, the temporary auction committee, formed by the maritime court which arrested the ship,¹⁵⁵ shall make an appraisal to establish the minimum price.¹⁵⁶ At present, almost all judicial auctions take place online. According to the Supreme People's Court's Provisions on Several Issues Concerning Online Judicial Auctions by People's Courts (Chinese Provisions on Online Auctions),¹⁵⁷ the minimum price will be published as the starting price for the sale.¹⁵⁸

The sale advertisement shall be published in a newspaper or any other medium for three consecutive days, at least thirty days before the sale date. Foreign-flagged ships shall be advertised in a newspaper or any other medium that is circulated abroad.¹⁵⁹ The advertisement will include, among others, the ship's particulars, the enforceable title, the time and place of sale, and how to file notice of claims against the proceeds.¹⁶⁰ Additionally, on the internet platform where the auction is to take place, the advertisement shall be posted, together with other information designated by law, fifteen days before the auction occurs.¹⁶¹ The said information can be categorised into two types, *viz.*, those concerning the property¹⁶² and those describing the rules of the auction.¹⁶³

The court will require the executor to provide information regarding the known maritime lien, the registered mortgagee¹⁶⁴ and the shipowner.¹⁶⁵ These parties and the ship registry will be notified in writing of when and where the sale will happen, as well as other facts about the sale, thirty days before the sale takes place.¹⁶⁶

41. It is found that a proper advertisement is entailed worldwide, and the information incorporated in the advertisement is similar. Appraisal, however, is treated differently between jurisdictions. England and China mandate the appraisal of the ship's value, whereas Malta allows but does not

¹⁵⁴ Malta's Reply to the Questionnaire of CMI, questions 2.2-2.4.

¹⁵⁵ Chinese SMPL, s 34. Note that the minimum price may be further reduced if no bidder is offered and the first auction fails, see Subsection 2.3.1.

¹⁵⁶ Chinese Provisions on Arrest and Sale, a 11.

¹⁵⁷ (Fa Shi [2016] 18), hereinafter referred to as Chinese Provisions on Online Auctions.

¹⁵⁸ Chinese Provisions on Online Auctions, aa 10 and 14: the starting price must be published as part of the conditions of online auction, and it shall be more than 70% of the appraised price. These provisions are in conflict with Article 12 of the Chinese Provisions on Arrest and Sale, whereby the minimum price remains confidential.

¹⁵⁹ Chinese SMPL, s 32; Interpretation of Chinese SMPL, a 31.

¹⁶⁰ *ibid*, s 32.

¹⁶¹ There are five accredited platforms for judicial auctions at present, comprising both commercial ones, such as Taobao, and judicial ones, for instance, the People's Court Litigation Property Website. <最高人民法院关于司法拍卖网络服务提供者名单库的公告 - 中华人民共和国最高人民法院 (court.gov.cn)> accessed 8 June 2022.

¹⁶² Chinese Provisions on Online Auctions, a 13: (1) the advertisement, (2) the legal documents ordering the execution, except for those that cannot be made public according to the law; (3) a copy of the evaluation report; (4) the auction time, starting price and bidding rules; (5) a text description of, videos or photos of the current status of the property's ownership, possession and usufruct; (6) the right of pre-emption and the nature of the right; (7) circumstances where the parties and the known pre-emption rights holders have been notified or not; (8) the auction deposit and payment methods; (9) The taxes and fees that may arise from the transfer of the property and the way to pay them; (10) the name of the enforcement court, contact information and supervision methods, etc.; (11) other information that should be published.

¹⁶³ Chinese Provisions on Online Auctions, a 14: (1) the bidder shall have full capacity for civil conduct, and where laws, administrative regulations and judicial interpretations have special requirements on the qualifications or conditions of the buyer, the bidder shall meet the required qualifications or conditions; (2) if one entrusts others to bid, one shall be permitted by the people's court before the bidding procedure starts, and the network service provider shall be notified; (3) known defects and encumbrances on the auctioned property; (4) the property is subject to its actual status, and bidders may apply for on-site inspection of it; (5) if the bidder decides to participate in the bidding, it shall be deemed to have a complete understanding of the auction property and accept all known and unknown defects in the auction property; (6) the auction confirmation bill stating the true identity of the buyer is to be published on the online platform; (7) the deposit will not be refunded where the buyer regrets the auction.

¹⁶⁴ In legislation, there is no qualification upon the mortgagee entitled to notice. However, in practice, usually only the mortgage registered in China is considered.

¹⁶⁵ Interpretation of Chinese SMPL, a 34.

¹⁶⁶ Chinese SMPL, s 33.

demand appraisalment. The Netherlands permits the executor to propose the minimum price, implying that the executor shall appraise the ship (if necessary).

42. As regards notification, the creditors who are not the executor but nevertheless entitled to a notice of the sale differ from one state to another. In English law, a copy of the advertisement will be given to the persons who lodged cautions. In Chinese law, the essential information in the sale conditions must be given to registered mortgagees and known maritime lienees. Dutch law further requires all known creditors to be given the date and time of sale. Malta seems liberal in this respect, but in combination with the service requirements, as discussed previously, arrestors and registered mortgagees are probably aware of the upcoming sale. In light of these statements, it is submitted that the principle that arrest is constructive notice to the world,¹⁶⁷ as followed by English law, may be unacceptable to legal systems like China and the Netherlands, where known creditors must be given actual notice of the time and place of sale.

3. Concluding the sale

43. The judicial sale takes place accordingly after advertisement and notification. Where applicable, a court-approved private sale producing the same effects may be made.

A) Sale by a public authority

44. A judicial sale in England is usually concluded by private treaty, which means that potential buyers submit written tenders on the prescribed form to the marshal's broker by noon on the appointed day.¹⁶⁸ The tenders will not be opened until the deadline expires, and the highest tender will be accepted. Typically, per the marshal's conditions of sale, the successful bidder must pay a deposit of 10% within 48 hours and the balance in a further seven days. Upon adequate payment on schedule, the marshal issues a bill of sale certifying the transfer of a clean title. Besides, the broker delivers the documents and certificates of the ship seized onboard to the buyer. The sale is final and not subject to appeal.¹⁶⁹

The marshal cannot conclude a sale at a price less than the appraised value unless otherwise ordered by the court.¹⁷⁰ If no tender submitted is at or higher than the appraised value, the marshal will divulge the appraised price and the highest bid to the executor and all cautioners against release, and then seek instructions from the court. In this case, the marshal may recommend re-sale or accepting the current highest tender.¹⁷¹ If a creditor insists on a fresh sale despite that the court is unconvinced of the possibility of attaining a higher price, the court may allow so if the creditor can provide an indemnity for future losses caused by the price difference.¹⁷²

45. The Netherlands conducts a judicial sale by auction in a public hearing.¹⁷³ The auction is done first by bidding and then by decreasing. Namely, in the first part of the auction, prospective buyers make increasingly higher bids, whereas, in the second part, the judge or notary sets a price higher than the highest bid in the first part and then gradually reduces the price until a bidder says "mine", or the

¹⁶⁷ W. TETLEY / R.C. WILKINS, *Maritime Liens and Claims*, International Shipping Publications, 1998, p. 1103.

¹⁶⁸ In rare cases the marshal may sell by public auction. N. MEESON / J. KIMBELL, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, 5th ed, Informa Law from Routledge, 2017, para. 4.108.

¹⁶⁹ R. HEWARD, «England and Wales Part III. Judicial Sales of Vessels and Priority of Claims», in C. BREITZKE / J. LUX (eds.), *Maritime Law Handbook*, Kluwer Law International BV, 2019, p. 13.

¹⁷⁰ *The Halcyon the Great (No.2)* [1975] 1 Lloyd's Rep 525.

¹⁷¹ R. HEWARD, «England and Wales Part III. Judicial Sales of Vessels and Priority of Claims», in C. BREITZKE / J. LUX (eds.), *Maritime Law Handbook*, Kluwer Law International BV, 2019, p. 12.

¹⁷² *Halcyon* (n 177).

¹⁷³ Dutch CCP, a 570.

reduced price reaches the previous highest price. The notary or judge will notify the debtor and known creditors of the sale conclusion. The successful bidder must pay the price following the conditions of sale to the notary, judge, or appointed custodian.¹⁷⁴ After payment, a notarial deed of adjudication¹⁷⁵ or a judgment of sale with minutes of adjudication,¹⁷⁶ declaring a transfer of the ship's ownership free from encumbrances, will be issued to the purchaser.¹⁷⁷ Once adjudicated, the sale is final.¹⁷⁸ Note that if the price is not sufficiently paid, the executor can have a re-auction at the cost of the defaulting purchaser.¹⁷⁹

Divergent statements exist on the effects of an auction. Some assert that a judicial auction gives a clean title, as according to Article 578 (2) of Dutch CCP, all preferential claims and attachments on the ship are purged by auction.¹⁸⁰ Others aver that certain rights can be invoked against the successful purchaser, accordingly, a Dutch judicial auction does not necessarily confer a clean title. These arguments against a clean title refer to the right of retention as an example.¹⁸¹

As far as this article is concerned, in the current Dutch law, whether a shipyard maintains its right of retention on a ship when the ship goes through a judicial auction remains in abeyance.¹⁸² Regarding the usufruct on a ship, although it can be invoked irrespective of the change of ownership,¹⁸³ one can presume that a ship arrest will frustrate the enjoyment of the usufructuary upon the ship. As such, the usufruct cannot be maintained in a judicial sale. Anyhow, based on the positive wording of Article 578 (2) and the Dutch jurisprudence, one may expect a clean title to be conferred by auction.

46. In Maltese law, a ship is judicially sold by a public auctioneer in the presence of the court registrar.¹⁸⁴ The auction is not in public but takes place in a manner that is the most advantageous to the interested parties with due respect to the sacred nature of the object to be sold by auction.¹⁸⁵ The purchaser shall pay the price to the court within seven days from the day of the final adjudication for sale.¹⁸⁶ Then, a bill of sale (*procès-verbal*) will be issued declaring the completion of the sale, particularly its effects being the transfer of the ship's ownership free from encumbrances.¹⁸⁷ In default of payment, the court may make the defaulting purchaser liable to personal arrest,¹⁸⁸ and order a re-auction at his or her expense.¹⁸⁹

47. Under Chinese law, a ship is usually judicially auctioned on a designated online platform. Within the time of auction, any qualified bidder¹⁹⁰ can submit tenders.¹⁹¹ The auction shall be concluded even if there is one tender, as long as it is not less than the minimum price.¹⁹² A confirmation letter of sale

¹⁷⁴ *ibid*, a 575. Note that if the ship is under 20 cubic meters gross volume and under 6 cubic meters gross tonnage, the sale has to be done in the same manner as for general property (Dutch CCP, a 576).

¹⁷⁵ *ibid*, a 570.

¹⁷⁶ *ibid*, a 577.

¹⁷⁷ *ibid*, a 578 (2).

¹⁷⁸ *ibid*, aa 570 (2) & 575 (6).

¹⁷⁹ *ibid*, a 577.

¹⁸⁰ L. BLEYEN, *Judicial Sales of Ships: A Comparative Study*, Springer, 2016, p. 90; D. V. BEMMEL, "The Enforced Sale of Sea-going Vessels in the Netherlands", < <https://langelaarklinkhamer.com/en/the-enforced-sale-sea-going-vessels-the-netherlands/> > assessed 21 June 2022.

¹⁸¹ Van Steenderen Mainport Lawyers, "First-step Analysis: Shipping Law and Practice in Netherlands", *Lexology* (1 August 2019) <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4f4aa193-b949-4e88-878c-fdcd2a13523>> assessed 22 June 2022.

¹⁸² H. V. D. H. V. OORDT / others, "Appeal Court Partially Restores Retention Rights for Dutch Shipyards", *Lexology* (7 October 2015) <<https://www.lexology.com/commentary/shipping-transport/netherlands/akd/appeal-court-partially-restores-retention-rights-for-dutch-shipyards>> assessed 22 June 2022.

¹⁸³ "Limited Real Rights" < <http://www.dutchcivillaw.com/content/dutchcivillaw022.htm> > assessed 22 June 2022.

¹⁸⁴ Maltese COCP, a 315 (2).

¹⁸⁵ *ibid*, a 314 (2).

¹⁸⁶ *ibid*, a 328.

¹⁸⁷ *ibid*, a 347; Maltese MSA, s 37D.

¹⁸⁸ *ibid*, a 329 (1).

¹⁸⁹ *ibid*, a 329 (2).

¹⁹⁰ Any bidder shall pay a deposit, which is between 5% and 20% of the starting price as decided by the court, to the account of the court, or to the payment system of the online service provider. After the sale is concluded, the successful bidder's deposit automatically becomes part of the price, while others' deposits will be refunded. Chinese Provisions on Online Auctions, aa 17 & 23.

¹⁹¹ Chinese Provisions on Online Auctions, a 18.

¹⁹² *ibid*, a 11.

conclusion will automatically be produced and posted online.¹⁹³ The successful purchaser shall pay the price to the court within the days as specified in the sale advertisement, usually seven days from the date of the sale conclusion.¹⁹⁴ After that, the court will arrange the ship's delivery and announces the auction and delivery in the newspaper.¹⁹⁵ A court ruling affirming the auction will be given to the purchaser within ten days of sufficient payment. Upon receipt of this ruling, the purchaser obtains the ship's clean title, and the sale becomes final.¹⁹⁶

If the first auction fails, the court will conduct two more auctions consecutively on the same platform.¹⁹⁷ In the second auction, the court may reduce the starting price to the extent that the reduction is less than 20% of the starting price. If it fails, a third auction can be made with a starting price which is not less than 50% of the appraised price. Should the third auction continue to fail, the ship can be sold by the court to a designated person at a fixed price more than 50% of the appraised price. If such a sale still cannot be achieved, with the consent of the creditors whose collective interests are more than 2/3 of the total interests of the claims filed to the court, the ship can be sold at any price. If, eventually, no one wants to buy the ship, that ship will be released from arrest.¹⁹⁸

48. The above inquiry finds that the effects of a judicial sale are similar between states. All the relevant claims cease to attach to the ship, passing onto the sale proceeds, and the successful purchaser obtains clean title to the ship. After sufficient payment is made, a judicial document certifying the transfer of title will be issued and given to the purchaser. From that moment, the sale becomes final.

49. Conflicting methods are used to guarantee the best possible price. Chinese and English laws require the reserve price to be met, failing which a sale may not be concluded, although they follow different principles in this regard. English law believes that price secrecy can avoid collusion between bidders, resulting in higher bids.¹⁹⁹ Chinese law, however, counts on transparency in enforcement, particularly the value of the property, to prevent bidders and court officials from manipulating auctions.²⁰⁰ The other two states invoke other solutions to achieve a reasonable price. Maltese law offers general guidance, directing a sale to be conducted in the most advantageous manner to the interested parties. On the other hand, Dutch law establishes a detailed two-part auction process consisting of bidding and decreasing.

B) Court-approved private sale

50. As a variation on the standard judicial sale procedure, a court-approved private sale is viable in many states. Its operation in English, Dutch and Maltese laws is examined below.

51. Before a judicial sale is ordered,²⁰¹ English law may, under “special circumstances”, approve a court-approved sale in favour of a named buyer at a defined price, upon the application by an inter-

¹⁹³ *ibid*, a 22.

¹⁹⁴ *cf.* the Nan-jin Maritime Court Guidance, s 11 and Chinese SMPL, s 37. The payment process of an online auction is different from that of a traditional offline auction. In the offline auction, payment is made after signing a confirmation of letter before a judge.

¹⁹⁵ Chinese SMPL, s 39.

¹⁹⁶ *ibid*, ss 38, 40; the Provisions of the Supreme People's Court on Auction and Sale of Property in Civil Enforcement by the People's Court (Fa Shi [2004] 16, amended 23 December 2020), aa 20 & 26, hereinafter referred to Chinese Provisions on Civil Enforcement.

¹⁹⁷ Chinese Provisions on Online Auctions, a 26.

¹⁹⁸ Chinese Provisions on Arrest and Sale, aa 12-14.

¹⁹⁹ E. C. JIANKAI, “Judicial Sale of Arrested Vessels: The Suitability of Taobao as a Platform for Singapore Judicial Sale”, *SAcLJ*, 2019, vol. 31, pp. 72-94.

²⁰⁰ X. BAI, “Defining the Legal Relationship between Parties in the Reform of Judicial Auction”, *China Trial* (Beijing, 5 March 2012). The original title in Chinese: 司法拍卖改革中各方参与主体法律关系的界定.

²⁰¹ Once a sale order is rendered by the court, any attempt to sell the ship privately constitutes a contempt of court. *The Ruth Kayser* (1925) 23 Ll L Rep 95. See also N. MEESON / J. KIMBELL, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, 5th ed, Informa Law from Routledge, 2017, paras. 4.116-118.

ested person.²⁰² Such a sale process has not met a friendly reception in common law jurisdictions but is regarded as dubious and unattractive.²⁰³ General concerns about the state of the market,²⁰⁴ the substantial costs of maintaining the ship,²⁰⁵ or that there is only one claim attaching to the ship,²⁰⁶ probably cannot pass the strict scrutiny by an English court as to whether or not “special circumstances” exist.²⁰⁷

52. Dutch law allows a court-approved private sale in the context of a domestic mortgage.²⁰⁸ A mortgagee can petition the court for a private sale, a week before the planned sale.²⁰⁹ The agreement between the seller and buyer, a list of interested parties, and any further bids received must be submitted to the court.²¹⁰ The court may request an additional appraisal before approving the petition.²¹¹ If the petition is denied after due consideration, for instance, a better price is possible, the court will decide the date for a fresh auction.²¹²

53. Malta greets a court-approved private sale.²¹³ The procedure of a court-approved sale is triggered with the filing of an application by a creditor with an enforceable title to the court. The application shall be accompanied by two independent appraisals of the ship provided by well-established valuers in the market; additionally, the applicant must submit evidence that a private sale is to the benefit of all known creditors and the price proposed is realistic in light of the circumstances *ad hoc*.²¹⁴ Besides, the applicant must serve the application on those who are deemed by the court, in this context and upon the information given by the applicant, as appropriate to call upon to make their submissions.²¹⁵ The court shall appoint a hearing for the application within ten days of its filing.²¹⁶ If the application is approved, the court will appoint a representative for the shipowner to transfer the ship.²¹⁷ This representative shall deposit the price in the court within seven days from completion of the sale.²¹⁸

54. In conclusion, differing attitudes towards a court-approved private sale are adopted. In English law, this form of sale has met a hostile reception, as it is allowed only in exceptional circumstances. Expediency and efficiency associated with a private sale cannot compensate for the loss of judicial impartiality and a possible higher price.²¹⁹ Maltese law, however, admires the procedural efficiency brought by the private sale of a well-appraised ship.²²⁰ One may say that the straightforward mechanism for private sales leaves little room for a Maltese court to refuse them. As to Dutch law, a private sale can only be initiated by a Dutch mortgagee. Other enforceable titles are not eligible.

²⁰² *The Union Gold* [2014] 1 Lloyd’s Rep 53.

²⁰³ P. MYBURGH, “‘Satisfactory for its Own Purposes’: Private Direct Arrangements and Judicial Vessel Sales”, *JIML*, 2016, vol. 22, pp. 355-369.

²⁰⁴ But the fact that there is no ready market for the ship to be sold may suffice as an argument for a court-approved private sale. *Offshore Interiors Inc v Worldspan Marine Inc* [2014] FC 655.

²⁰⁵ *The Turtle Bay* [2013] 4 SLR 615 (Singapore HC).

²⁰⁶ P. MYBURGH, “‘Satisfactory for its Own Purposes’: Private Direct Arrangements and Judicial Vessel Sales”, *JIML*, 2016, vol. 22, pp. 355-369.

²⁰⁷ *Sea-Tec Fabricators Ltd v Offshore Fishing Co* [1985] FCJ 236.

²⁰⁸ Dutch Book 3, a 268. See Bleyen (n 15) 136.

²⁰⁹ Dutch CCP, a 548 (2).

²¹⁰ *ibid*, a 548 (3).

²¹¹ L. BLEYEN, *Judicial Sales of Ships: A Comparative Study*, Springer, 2016, p. 136.

²¹² Dutch CCP, a 548 (4).

²¹³ Maltese COCP, a 363. For a synopsis regarding court-approved private sales in Malta, see J. SCERRI-DIACONO, “Private, Court-Approved Sales of Vessels and Aircraft in Malta”, *LMCLQ*, 2012, pp. 356-358.

²¹⁴ Maltese COCP, a 359.

²¹⁵ *ibid*, a 360.

²¹⁶ *ibid*, a 361.

²¹⁷ *ibid*, a 362.

²¹⁸ *ibid*, a 363.

²¹⁹ *The Union Gold* [2014] 1 Lloyd’s Rep 53.

²²⁰ J. SCERRI-DIACONO, “Private, Court-Approved Sales of Vessels and Aircraft in Malta”, *LMCLQ*, 2012, pp. 356-358.

55. The discussed private sale in this subsection shall be distinguished from the sale to a designated person at a fixed price in Chinese law. Although both are judicial sales, the latter is the subsequent step following the failure of consecutive auctions rather than a substitution for them.

C) Stopping the sale

56. Interested persons may oppose a judicial sale and request it to stop.²²¹ Specifically, the persons who should have been notified of the sale, whether were or were not notified in fact, could intervene in this manner.

57. In English law, the marshal may stop a judicial sale upon a written notice asserting that the claim has been satisfied. The marshal will recover all the expenses incurred relating to the discontinued sale from the claimant who promised such in its undertaking when petitioning the sale. If the sale is too advanced at that moment, the marshal will refuse the stopping application. The claimant may then file a motion to the judge for an order to stop the sale.²²² In that case, the sale may be stopped if sufficient security can be provided to satisfy all the claims on the ship.²²³

58. In Dutch law, an interested party may file a dispute about the conditions, date, place, etc. of a judicial sale before the provisional measures judge.²²⁴ Presumably, a party may apply for the sale to stop on the ground of the debt having been met. Besides, any third party who owns wholly or partly the asset, or a right that the executor must respect, is entitled to oppose a sale before it takes place.²²⁵ Moreover, the sale as an enforcement measure may be stopped based on valid grounds with regard to the enforceable title. Such as, the judgment to be enforced is based on a factual or law error. The court will suspend the sale pending an appeal.²²⁶ Presumably, the liable party will be responsible for the costs incurred by the halted sale.

59. Under Maltese law, if the debt is met and the auction's costs are obtained, the court registrar may discontinue a sale and return the ship to the debtor upon a verbal demand.²²⁷ The sale may also be suspended upon the debtor's demand with the creditor's consent²²⁸ or any other lawful impediment.²²⁹ Absent consent, the demand will not be entertained unless the expenses occasioned by the suspension have been deposited in the court.²³⁰ The court shall hear the parties about the demand, and no decree will be given before the expenses incurred by the halted sale have been deposited in the court.²³¹ A fresh advertisement shall be published for the continuance of the auction.²³²

60. Chinese law establishes various grounds for stopping a sale. According to the general civil procedural rules, the court may rescind an enforcement measure, such as a judicial sale, upon the objection filed by an interested party against the asset or illegal enforcement actions,²³³ before the measure

²²¹ Stopping is adopted as a general term in this article, meaning that the sale cannot proceed. It includes suspension, discontinuance and rescission.

²²² N. MEESON / J. KIMBELL, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, 5th ed, Informa Law from Routledge, 2017, para. 4.115.

²²³ *The Acrux* [1961] 1 Lloyd's Rep 471.

²²⁴ Dutch CCP, a 518. Decisions for such matters cannot be appealed.

²²⁵ *ibid*, a 538. The unsuccessful opposer may be ordered to pay compensations at the executor's request.

²²⁶ HR 22 April 1983, NJ 1984, 145. See L. BLEYEN, *Judicial Sales of Ships: A Comparative Study*, Springer, 2016, p. 84.

²²⁷ Maltese COCP, a 343. The discontinuance does not bar the exercise of the right of other arrestors.

²²⁸ Or upon the creditor's demand with the debtor's consent.

²²⁹ Maltese COCP, a 326 (1).

²³⁰ *ibid*, a 326 (2).

²³¹ *ibid*, a 326 (4).

²³² *ibid*, a 326 (1).

²³³ Such as the successful purchaser has no qualification to submit tenders, or there is malicious collusion between the court official and bidders.

becomes final.²³⁴ Besides, before a sale takes place, it may be discontinued by the court if enforcement is no longer entailed, for instance, viz., the enforceable document having been revoked, the debt having been met, or an agreement of repayment having been reached between the litigants.²³⁵ Under Chinese SMPL, similar but more specific grounds for stopping a sale are provided for. The maritime court may, at discretion, approve the withdrawal application by the sale applicant, if such is petitioned seven days before the sale date.²³⁶ After approval, the court will recover the expenses incurred by the stopped sale from the applicant.²³⁷ In the context of malicious collusion between bidders, a sale concluded may be set aside before it becomes final.²³⁸ The party suffering losses with the sale's stopping may recover compensations from the court²³⁹ or any other liable party.²⁴⁰ Pending a decision as to whether the sale shall be stopped, the court, in principle, will not suspend the sale.²⁴¹

61. Each studied national legal system has established its respective grounds for stopping a ship sale. Chinese law bases the stopping grounds on what the parties to the claim would like to do and the illegitimacies in the sale. English law pays attention to the satisfaction of the debt. As regards Maltese laws, importance is attached to the judicial costs and the parties' consensus. Dutch law, as opposed to the other jurisdictions, leaves the stopping grounds to the general procedural rules governing enforcement.

4. After the sale: priority and payout

62. Once the sale proceeds are deposited in the court, the court usually will not make payment out of the sale proceeds until the order of the priorities of the claims filed against the proceeds is determined. Depending on the type of sale and the state conducting it, the court that approved (a private sale), ordered (a public auction or private treaty),²⁴² or within whose cognisance the ship was located when sold (Dutch law),²⁴³ will determine the order of priorities and make payments out.

63. When an English court orders a ship to be sold, it may also fix a period during which notice of claims against the sale proceeds shall be filed and the time and manner in which that time limit must be advertised.²⁴⁴ Any judgment creditor may then apply for the determination of the priorities of the competing claims against the proceeds.²⁴⁵ The application shall be served on all cautioners and all persons who have filed a judgment against the property.²⁴⁶ After the admiralty judge determines the order of

²³⁴ Chinese CCP, aa 225, 227; the Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Enforcement Objections and Reviews by the People's Courts (Fa Shi [2015] 10), a 6.

²³⁵ Chinese Provisions on Civil Enforcement, a 17; Chinese Provisions on Online Auctions, a 31.

²³⁶ If a sale is far advanced, the withdrawal may be rejected.

²³⁷ Chinese SMPL, s 31.

²³⁸ *ibid*, s 41. This provision does not address the timeframe for such a dispute, however, in light of the fact that an objection grounded on the collusion between the court official and bidders shall be filed before the sale becomes final, it seems reasonable that the same time limit shall apply as well.

²³⁹ National compensations can be applied in this case. Chinese Provisions on Online Auctions, a 32.

²⁴⁰ A fresh proceeding shall be commenced in this case. Chinese Provisions on Online Auctions, aa 32, 33; Chinese SMPL, s 41.

²⁴¹ Chinese CCP, aa 225, 227; The Interpretation of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Application of the Enforcement Procedures of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China (Fa Shi [2008] 13), a 10. If security can be provided by the opposer to the satisfaction of the court, the court may suspend the enforcement. On the other hand, the stopped enforcement may also be resumed given sufficient security by the executor. Thus, no straightforward answer can be given in this matter.

²⁴² English, Maltese and Chinese law. See Section 2.3.

²⁴³ L. BLEYEN, *Judicial Sales of Ships: A Comparative Study*, Springer, 2016, p. 86.

²⁴⁴ English CPR, r 61.10.2.

²⁴⁵ Unless the court has fixed a day before which an application for determining order cannot be made. In that case, the application shall be filed after that date. English CPR, r 61.10.3.

²⁴⁶ English CPR, r 61.10.4; English PD, r 61.9.1. See N. MEESON / J. KIMBELL, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, 5th ed, Informa Law from Routledge, 2017, para. 4.132.

priorities,²⁴⁷ the proceeds will be divided accordingly. Theoretically, if a lower-ranking claimant makes a payment application, the court may defer the application until the higher-ranking creditors have had the chance to pursue their claims to judgment.²⁴⁸

In practice, however, this procedure is hardly ever adopted. Most times, the court does not prescribe a time for determining priorities and obtaining payment out. Nor will potential claimants be reminded by an advertisement that they shall take measures to safeguard their interests. It is also rare practice to make an application for determining priorities or for there to be a hearing, to the extent that parties will generally agree upon the order of priorities pursuant to the well-established principles in this regard.²⁴⁹ As a result, unless potential claimants have entered a caution, in which case the payment application by a judgment creditor must be served on them,²⁵⁰ they might become aware of the matter until too late after all the proceeds have been paid out.²⁵¹

64. In a Dutch sale, the court-appointed liquidator shall notify all known creditors of the liquidation process²⁵² and invite them to file both the claims and the alleged priority thereof within fourteen days.²⁵³ After the lapse of this period, the liquidator will make an order for distribution in accordance with the fixed order of priorities.²⁵⁴ Any persons who want to oppose this order can do so before the date specified therein.²⁵⁵ Should no opposition be made, the proceeds will be divided accordingly. In the case of an objection, the dispute will be settled in a separate proceeding if no agreement can be reached.²⁵⁶ When there are no pending objections, the liquidator will distribute the fund according to the decided order of precedence.²⁵⁷ The liquidation process cannot be ended until that moment.

65. Under Maltese law, if there is deposited money in respect of which more than two parties allege claims, the court shall cause a notice to be published in one or more periodical newspapers, upon the application of a competing claimant. The advertised notice shall call upon all persons interested therein to put in their claims within one month, state that the said money is in the court and there are claims upon such money, and publish the date on which all the parties who have put in claims shall appear in the trial of the claims.²⁵⁸ This notice will be served on the person making the deposit, the execution creditors and any other creditor at whose suit any garnishee orders have been issued.²⁵⁹ At the trial, all interested persons, filed competing claims, and objections against those claims will be heard.²⁶⁰ The proceeds will be divided according to the decision on the competition proceeding. Note that additional proceedings and other orders may take place or be made if the court deems necessary.²⁶¹

It is a crucial feature of Maltese law that the expiration of the prescribed time does not bar the exercise of any right on the part of any party who failed to put in its claim on time (*jus advocandi*).²⁶² Admittedly, the decision on the competition proceeding cannot be hindered,²⁶³ nevertheless, if in sepa-

²⁴⁷ English PD, r 61.9.4.

²⁴⁸ R. HEWARD, «England and Wales Part III. Judicial Sales of Vessels and Priority of Claims», in C. BREITZKE / J. LUX (eds.), *Maritime Law Handbook*, Kluwer Law International BV, 2019, p. 25.

²⁴⁹ *ibid*, p. 15; N. MEESON / J. KIMBELL, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, 5th ed, Informa Law from Routledge, 2017, para. 4.133.

²⁵⁰ English PD, r 61.9.1.

²⁵¹ R. HEWARD, «England and Wales Part III. Judicial Sales of Vessels and Priority of Claims», in C. BREITZKE / J. LUX (eds.), *Maritime Law Handbook*, Kluwer Law International BV, 2019, p. 27.

²⁵² Dutch CCP, a 552 para 2.

²⁵³ *ibid*, a 482 para 2.

²⁵⁴ *ibid*, a 483.

²⁵⁵ *ibid*, a 484 para 1.

²⁵⁶ *ibid*, a 486.

²⁵⁷ *ibid*, a 485.

²⁵⁸ Maltese COCP, a 416 (1). The one month may be abridged as the court may deem adequate, Maltese COCP, a 416 (3).

²⁵⁹ *ibid*, a 416 (4).

²⁶⁰ *ibid*, a 420 (2).

²⁶¹ *ibid*, a 421.

²⁶² *ibid*, a 417.

²⁶³ *ibid*, a 416 (1).

rate proceedings, the claim of the defaulting party is proved to be prior to or equal to that of the ranked creditor, the defaulting party can subsequently recover from any ranked creditors the money they received. The default may only be considered with regard to adjudging the costs.²⁶⁴ This rule extends the liquidation process. Put in another way, unlike English and Dutch laws, Maltese law does not end the liquidation process the moment the fund is divided according to the determined order of priorities. Instead, it ends when all privileged rights *vis-à-vis* the ship are satisfied.

66. When a Chinese judicial sale is ordered, the court will publish the time and manner in which the claims against the sale proceeds shall be registered in the court, in the advertisement and notification of sale.²⁶⁵ Any potential claimant shall make a written application for registering the claim, accompanied by the supporting evidence, within sixty days of the last time that the sale advertisement appears.²⁶⁶ Otherwise, the claimant is deemed to give up its right to be paid out in this sale.²⁶⁷ The applicant for sale can participate in the distribution without registering its claim.²⁶⁸

After the sale is concluded, the court will examine the registered claims, one by one and in separate proceedings.²⁶⁹ If the claimant has obtained a judgment, an arbitral award, or other enforceable titles, the court will verify the title's authenticity and then recognise the claim.²⁷⁰ Lacking an enforceable title, the claimant shall, after registering the claim, commence an action for recognising the claim before the court. In that action, the court will make a non-appealable decision.²⁷¹ When all registered claims are examined, the court shall call upon creditors to a meeting, in which the execution judge will publish the amount of the proceeds, the costs incurred by sale, and the nature and ranking of the claims complied.²⁷² If an agreement in respect of the distribution of the proceeds can be reached, the judge will divide the proceeds accordingly. In the case of disagreements, the judge shall determine the order of priorities instead.²⁷³ The determined order is not subject to appeal.²⁷⁴ Note that if the competing creditors cannot altogether attend the meeting, the court can approach them separately and take notes of their respective pleas.²⁷⁵

67. It is a widely considered rule that before filed competing claims are contested, the court may order payment out on account of a particularly vulnerable claimant or where the court deems appropriate.

In English law, if all the interested parties consent or it is admitted that a certain claimant will have precedence against the sale proceeds, the court may order payment absent the determination of priorities.²⁷⁶ A typical example is wage claims. The court may immediately order payment upon the seafarers' application for judgment.²⁷⁷ Maltese law has similar provisions.²⁷⁸ The only difference lies in the precondition that, except for wage claims, any other party who wishes to withdraw money during the compilation of competing claims shall provide a surety for the period of one year.²⁷⁹

68. Two observations are made from the above investigation. First, the provisions on calling upon creditors to protect their interests align with those governing notification of sale. English law continues to follow its principle underlying notification rules that ship arrest is constructive notice to the world. Hence, the creditors are expected to keep themselves informed of what happens to the sale

²⁶⁴ *ibid*, a 417.

²⁶⁵ Chinese SMPL, ss 32, 33.

²⁶⁶ Chinese Provisions on Arrest and Sale, a 16.

²⁶⁷ Chinese SMPL, s 111.

²⁶⁸ Chinese Provisions on Arrest and Sale, a 18.

²⁶⁹ *ibid*, a 17.

²⁷⁰ Chinese SMPL, s 115.

²⁷¹ *ibid*, s 116. If there is an arbitration agreement between the parties, they shall commence arbitration immediately.

²⁷² *ibid*, s 117.

²⁷³ Chinese Provisions on Arrest and Sale, a 22.

²⁷⁴ Chinese SMPL, s 118

²⁷⁵ The Nan-jin Maritime Court Guidance, s 13.

²⁷⁶ English CPR, r 61.10.5.

²⁷⁷ N. MEESON / J. KIMBELL, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, 5th ed, Informa Law from Routledge, 2017, para. 4.134.

²⁷⁸ Maltese COCP, a 422.

²⁷⁹ *ibid*, aa 423, 426 (b).

proceeds. Chinese and Dutch laws, like what they require for the notification of sale, require notice of the time and manner in which claims against the sale proceeds shall be filed to be given to certain known creditors. Maltese law mandates notice calling upon claimants to put in claims to be published in newspapers. This approach seems in line with the practice of the Maltese court involved in a judicial sale, i.e., wishing but not requiring registered mortgagees to become aware of the sale.

69. Second, in terms of the time when a liquidation process ends, Malta conflicts with the other three states. In Maltese law, the privileged claim of any person who defaulted in putting in the claim within the fixed time can still be paid out of the sale proceeds – the defaulting claimant can recover money from the ranked creditors whose claims are either below or equal to that of the said claimant. Such can never happen in English, Dutch and Chinese laws, where once the fund is divided following the determination of priorities, the liquidation process is closed for good. No defaulting creditor is allowed to recover money received by the ranked creditors. That said, if there are remaining proceeds after distribution, the defaulting creditor may make a charge against the remaining. In light of these statements, it is submitted that Malta provides more protection to higher-ranking claims than other states in the distribution process.

III. Discussion: relevance to the recognition of foreign judicial sales

70. Since a state may employ the principles informing domestic sales as criteria for determining whether a condition for the recognition of a foreign sale is met,²⁸⁰ fundamental divergences in principles across jurisdictions may impair the recognition, hindering the free circulation of the purchaser's title conferred by sale. In view of this, an exploration of these principles is made below, based on the findings from Section 2. The principles that may impede the recognition are discussed before those that may not.

71. First, the divergent principles that govern the ship's location may affect the examination of a generally-accepted recognition condition – jurisdiction of a foreign court.²⁸¹

Some states require the ship to remain stayed within the territory throughout the sale, whereas others do not require such. Typically, when there is a link between the Netherlands and the claim, for example, a Dutch mortgage, Dutch law allows a ship to be put under executive arrest and later sold for enforcement purposes, even when it is not situated within the territory of the Netherlands. In this vein, a Dutch court may assert jurisdiction over the ship, based on the artificial *situs* of the *res*, rather than its physical *situs*.²⁸² This approach to assuming jurisdiction is probably unacceptable to the legal systems under which a ship arrest must precede the sale, such as Maltese, English and Chinese laws. In those laws, only the ships that are and will be physically situated within their territories can be disposed of by sale. In light of these statements, if a Dutch sale in which the ship had not been situated within the Dutch territory throughout the sale invokes recognition before an English court, English law may render that the authority conducting the sale did not have jurisdiction to dispose of the ship. Accordingly, recognition will be denied.

72. Second, the contrasting principles concerning the notification of sale may cause a foreign sale to be deemed as offending fairness. More specifically, recognition may be refused for lacking proper notice.²⁸³

²⁸⁰ Y. SHAO / L. CARBALLO PIÑEIRO / M. Q. MEJIA, JR., "Recognition of Foreign Judicial Sales of Ships and Private International Law", *JIML*, vol. 28, 2022, pp. 166-186.

²⁸¹ A. BRIGGS, «Recognition and enforcement of judgments (common law)», *Encyclopedia of Private International Law*, 2017, pp. 1479-1486; T. DOMEJ, «Recognition and enforcement of judgments (civil law)», *Encyclopedia of Private International Law*, 2017, pp. 1471-1480.

²⁸² For a discussion on the relation between property dispositions and the ship's *situs*, see A. V. DICEY / others, *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, 15th ed., Sweet and Maxwell, 2015, para. 22-058.

²⁸³ Y. SHAO / L. CARBALLO PIÑEIRO / M. Q. MEJIA, JR., "Recognition of Foreign Judicial Sales of Ships and Private International Law", *JIML*, vol. 28, 2022, pp. 166-186.

Some jurisdictions, such as English law, view ship arrest as constructive notice to the world and thus place the obligations of keeping informed of the ship's status upon the creditors on the ship. Notice of the sale need not be sent to known creditors. Other states, such as China and the Netherlands, view the actual notification to known creditors as an essential part of a fair sale. Neither proper advertisement nor ship arrest can replace such notification. As it stands, if a sale pursuant to the English notification approach seeks recognition in a jurisdiction adopting the Dutch or Chinese notification approach, that sale may be denied recognition on the ground of breaching fairness.

73. Third, the varying attitudes to court-approved private sales may impact the review of the procedural proprieties in a foreign court-approved private sale, which seeks recognition as a foreign judicial sale.²⁸⁴

To petition a private sale before an English court, the applicant must prove the existence of special circumstances. English law deems a price which has not been "tested" by the market and advertisement as suspicious. Even if a private sale might have the same economic outcomes as a court sale, an English court would still be hesitant to approve it, as it may "blur the line between private commercial self-interest and public judicial administration" and thus impair judicial impartiality.²⁸⁵ Dutch law also adopts a cautious approach to approving private sales, permitting such sales in the context of domestic mortgages only. In contrast, Maltese law greets private sales. Its relevant procedural rules imply that the integrity of sales can be maintained by the opportunity of creditors to make submissions and the reliability of prestigious valuers. Arguably, the proceedings wherein a private sale was approved might be reviewed more critically in a state which receives court-approved private sales with a hostile attitude than in one welcoming them.

74. Fourth, some states proffer extra protection to higher-ranking claims when dividing the sale proceeds. Such protection may tighten the recognition approaches followed by those states, making certain recognition conditions more exacting.

Unlike English, Dutch and Chinese laws, where once the fund is divided per the determined order of priorities, the liquidation process ends for good, under Maltese law, the division of the funds according to the court-ordered ranking of claims does not finish the liquidation process. Instead, the privileged creditor who defaulted in putting in the claim on schedule can obtain payment out of the proceeds by recovering money from the ranked creditors, whose claims are either below or equal to that of the defaulting creditor. Such protection to privileged claims seems to form an essential part of the reason why Malta has established a strict mechanism for recognition of foreign sales. As shown in the Maltese case concerning the recognition of a Jamaican judicial sale, the fact that a Maltese claim was not given the same importance in a foreign sale as provided for under Maltese law could lead to non-recognition of the foreign sale.²⁸⁶

75. Notably, although some principles informing domestic sales diverge substantially, they may not necessarily hinder the recognition of foreign sales. The reason is that when examining the integrity of a foreign sale, the court might not pay attention to the sale aspects governed by these principles. Two sets of such principles are identified as follows.

76. One set of principles governs the moment to initiate a sale. Some jurisdictions, typically those with maritime jurisdiction, permit a sale *pendente lite* when good reasons for sale can be substantiated. Others, especially those rooted in civil law tradition, allow a sale as an enforcement measure to be commenced only in virtue of an enforceable title.

²⁸⁴ *ibid.*

²⁸⁵ P. MYBURGH, "'Satisfactory for its Own Purposes': Private Direct Arrangements and Judicial Vessel Sales", *JIML*, 2016, vol. 22, pp. 355-369.

²⁸⁶ The case involving the ship *Bright Star*; see M. THOMPSON, "Ship Auctioned in Jamaica Rearrested in Malta", *The Gleaner* (22 February 2019); J. P. GAUCI-MAISTRE / others, "Malta Overrides Foreign Auction", *The Arrest News* (April 2019).

The moment of initiating a sale is, more apparent than real, connected with the recognition condition concerning the competence of a foreign court to the dispositions of movables. This competence usually refers to the jurisdiction of the foreign court over ships. Sometimes, it may also refer to a specific jurisdiction only under which ships can be disposed of, such as the admiralty jurisdiction in common law countries.²⁸⁷ One way or another, if the competence of the foreign court could be ascertained, when the sale was ordered would not be considered further.

77. The other set concerns the approaches for achieving the best possible price. English and Chinese laws follow conflicting principles in using the minimum and appraised prices. English law states that these prices must remain a secret,²⁸⁸ as secrecy can prevent bidders from collusion and thus achieve a higher price. On the other hand, Chinese law depends on judicial transparency to avoid unlawful actions by bidders or court officials. The whole appraisal report and the reserve price shall be posted online to be accessed by the public. Malta and the Netherlands do not regard the minimum and appraised prices as necessary for obtaining the best possible price. Maltese law directs a sale to be conducted in a manner most advantageous to the interested parties, whereas Dutch law has a two-part auction process consisting of bidding and decreasing.

The price issues may be sufficient to mount to an objection against the integrity of a foreign sale, grounded in fairness or natural justice.²⁸⁹ Where the price in question is “a grossly inadequate price” lower than its “true fair market value,” the foreign sale may be denied recognition.²⁹⁰ In other words, what matters in an objection based on price issues is the amount of money, rather than how the money was obtained.

IV. Conclusion

78. As an enforcement measure, judicial sales are used across jurisdictions, though carried out in various manners under national laws. The principles informing domestic sales are in support of the procedural rules governing the sale proceeding. Some of these principles are fundamentally different from one state to another. Through the comparative analysis undertaken by this article, it is discovered that contrasting principles exist with regard to six respective aspects of the sale proceeding.

79. These conflicting principles may impair the recognition of foreign judicial sales, on the basis that a state requested to give effect to a foreign judicial sale may use the principles under its own law as the criteria for determining whether certain conditions for recognition, such as natural justice, fair trial or public policy, are met. In light of the prevailing conditions for recognition of foreign sales, it is inferred that among the discovered principles, only those regarding four sale aspects may resurface at the recognition stage and impede the cross-border circulation of the purchaser’s title. These sale aspects are the ship’s location, the notification of sale, the variance in the standard sale, and the extra protection given to high-ranking creditors in the distribution. On the other hand, the principles as regards the time to initiate a sale and the approach to obtaining the best possible price, though substantially divergent, may not impede the recognition.

²⁸⁷ Y. SHAO / L. CARBALLO PIÑEIRO / M. Q. MEJIA. JR., “Recognition of Foreign Judicial Sales of Ships and Private International Law”, *JIML*, vol. 28, 2022, pp. 166-186.

²⁸⁸ If no bids are higher than the appraised price, the appraised price and the highest bid will be divulged to the bidders. See Subsection 2.3.1.

²⁸⁹ Y. SHAO / L. CARBALLO PIÑEIRO / M. Q. MEJIA. JR., “Recognition of Foreign Judicial Sales of Ships and Private International Law”, *JIML*, vol. 28, 2022, pp. 166-186.

²⁹⁰ *Bollinger & Boyd v Capt. Claude Bass* (1978) 576 F. 2d 595, 598 (US, 5th Cir). W. TETLEY / R.C. WILKINS, *Maritime Liens and Claims*, International Shipping Publications, 1998, pp. 1103-1104, notes 50-51 and their accompanying text.

La Ley aplicable a los contratos internacionales en la historia de los conflictos de leyes

Law applicable to international contracts in the history of the conflict of laws

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 14.12.2022 / Aceptado: 16.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7538

Resumen: El presente estudio persigue desvelar las claves de determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales en la historia. Desde la Antigüedad y la Alta Edad Media hasta el siglo XXI. Se analizan las conexiones como el lugar de celebración del contrato, el lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, la elección de la ley aplicable, la residencia habitual del contratante que debe realizar la prestación característica y la cláusula de los vínculos más estrechos. En dicho estudio, se exponen las aportaciones de grandes juristas del Derecho internacional privado, como BARTHOLO DA SASSOFERRATO, ROCHUS CURTIUS, CHARLES DUMOULIN, F.K. VON SAVIGNY y especialmente JACOBO DE LAS LEYES. Este trabajo sostiene, contra la visión marxista de la historia del Derecho, que el progreso del Derecho internacional privado se debe a personas, con nombres y apellidos, auténticos genios del Derecho internacional privado.

Palabras clave: Derecho internacional privado, contratos internacionales, Edad Media, lugar de celebración del contrato, lugar de cumplimiento de las obligaciones, prestación característica, vínculos más estrechos, BARTHOLO DA SASSOFERRATO, ROCHUS CURTIUS, CHARLES DUMOULIN, F.K. VON SAVIGNY, JACOBO DE LAS LEYES.

Abstract: This study aims to unveil the keys of the law applicable to international contracts in history. From Antiquity and the Dark Ages to the 21st century. Connecting factors such as the place of celebration of the contract, the place of performance of the obligations arising from the contract, the choice of law agreement, the habitual residence of the contracting party who must perform the characteristic performance and the closest links clause have been considered for different reasons. In this paper, the contributions of great legal scholars experts in private international law, such as Bartholo da Sassoferrato, Rochus Curtius, Charles Dumoulin, F.K. von Savigny and especially Jacobo de las Leyes, are present. This work argues, contrary to the Marxist view of the history and the law, that the progress of private international law is due to individuals, with names and surnames, genuine geniuses of private international law.

Keywords: Private international law, connecting factors, place of celebration of the contract, the place of performance of the obligations arising from the contract, choice of law agreement, habitual residence, characteristic performance, closest links clause, Bartholo da Sassoferrato, Rochus Curtius, Charles Dumoulin, F.K. von Savigny, Jacobo de las Leyes.

Sumario: I. Introducción. La dificultad de precisar la Ley aplicable a los contratos internacionales. II. Ley aplicable a los contratos internacionales. Los precedentes griegos y egipcios. La solución del papiro egipcio. III. Ley aplicable a los contratos internacionales en la Alta Edad Media. 1. La

personalidad de las leyes. A) La Ley personal del disponente en los actos unilaterales. B) La Ley elegida por el disponente en los actos unilaterales: los casos del rey lombardo Ratchis (año 744), el herrero del Bolzano (*circa* año 800), y el Cid Campeador (año 1074). C) La Ley personal del contratante demandado. 2. La territorialidad judicial de las Leyes. La *Lex Fori*. IV. Ley aplicable a los contratos internacionales en la Baja Edad Media. 1. Lugar de celebración del contrato (*lex loci celebrationis*). A) La Ley *Si Fundus* y la Ley *Contraxisse*. Canonistas y legistas. B) Justificación de la solución *lex loci celebrationis*. C) Impacto y difusión de la *lex loci celebrationis*. D) Las Partidas de Alfonso X el Sabio. Jacobo de las Leyes y la *lex loci celebrationis*. 2. El declive del criterio “lugar de celebración del contrato”. V. Ley aplicable a los contratos internacionales en la Edad moderna y contemporánea. 1. El lugar de ejecución de las obligaciones contractuales. A) La tesis escisionista de BARTHOLO DA SASSOFERRATO. B) El “sistema de los dos derechos” de F.K VON SAVIGNY. C) La tesis de las *coupures* del contrato de la jurisprudencia suiza. D) Territorialidad y jurisprudencia norteamericana. E) La crisis del criterio “lugar de ejecución”. 2. La autonomía de la voluntad conflictual. De CHARLES DUMOU-LIN hasta el siglo XXI. A) El criterio principal: la elección de la ley aplicable al contrato por las partes. B) El *Consilium LIII* de 1524 y la Ley elegida por los contratantes. C) Los criterios subsidiarios y la idea de previsibilidad de la Ley aplicable. D) El triunfo de la autonomía de la voluntad conflictual. 3. La Ley aplicable al contrato en defecto de elección. A) Puntos de conexión flexibles. *The proper law of the contract*. a) Versión inglesa de la *proper law of the contract*. b) Versión norteamericana de la *proper law of the contract*. c) Versión francesa: el sistema del “*cumul d’indices*”. B) Puntos de conexión rígidos: distintos países, distintos puntos de conexión. VI. El Convenio de Roma de 19 junio 1980: el equilibrio. 1. El sistema de las presunciones y el art. 4 CR. 2. La presunción general. Teoría de la prestación característica. VII. El Reglamento Roma I: el regreso a los puntos de conexión rígidos. 1. El principio de proximidad se desvanece. 2. Puntos de conexión rígidos y abandono de las presunciones. 3. Una cláusula de excepción jibarizada. VIII. Ley aplicable a los contratos internacionales en el Derecho internacional privado español. 1. Antes del Código civil de 1889: la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 2. El silencio del Código Civil de 1889: de nuevo la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 3. El art. 10.5 del Código civil introducido en 1974. A) Las conexiones: la Ley sigue a la jurisprudencia. B) La supervivencia del art. 10.5 del Código Civil en el siglo XXI. 4. El crepúsculo del Derecho internacional privado español y el amanecer del Derecho internacional privado europeo. IX. Reflexiones finales. Los juristas que miraban las estrellas y los genios jurídicos del Derecho internacional privado. Contra la visión marxista de la Historia y el Derecho.

I. Introducción. La dificultad de precisar la Ley aplicable a los contratos internacionales

1. En el sector de los contratos internacionales, la historia del Derecho internacional privado es la narración de la búsqueda de la mejor conexión para precisar la Ley aplicable a dichos contratos¹. Una crónica llena de sinuosas curvas y viajes azarosos en el espacio y el tiempo, porque la precisión de la Ley aplicable a los contratos internacionales ha sido siempre una labor complicada, difícil e intrincada para los juristas dedicados al Derecho internacional privado². Esta dificultad deriva de causas distintas que conviene tener presentes.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco de los siguientes proyectos y grupos de investigación y docencia universitarios: (1) Proyecto de Investigación de generación de conocimiento 2021 modalidad investigación orientada tipo B CONCONPAN (PID2021-124298OB-I00), Investigadores principales: CARRASCOSA GONZALEZ, JAVIER / CASTELLANOS RUIZ ESPERANZA: “Derecho global y crisis sanitarias: hacia una convención mundial contra las pandemias”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023 (Orden CNU/320/2019, de 13 de marzo, Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020); (2) Grupo Accursio: investigación, docencia y práctica del Derecho internacional privado (www.accursio.com), dirigido por Javier Carrascosa; (3) Grupo de Innovación Docente GID 22 “Ciencia jurídica aplicada y docencia creativa” de la Universidad de Murcia (coordinador: Javier Carrascosa); (4) Grupo de investigación de la Universidad de Murcia E070-05 “Derecho internacional privado europeo” (IP Javier Carrascosa); (5) “Red Europa-España de Derecho internacional privado”, (coordinador: Javier Carrascosa). <http://www.redespañaeuropa.es/>; (6) Grupo de investigación y reflexión cultural “*Lex Artis*” (coordinador: Javier Carrascosa).

² Los aspectos históricos de la evolución de las normas de conflicto de leyes para fijar la Ley aplicable a las obligaciones contractuales se abordan en numerosas contribuciones académicas. La mayor parte de las obras generales de Derecho in-

2. En primer lugar, los contratos generan obligaciones y las obligaciones son “creaciones jurídicas”. Son realidades jurídicas, no realidades físicas. Las obligaciones no son cosas corporales y tangibles que ocupen un lugar en el espacio, como ya afirmaban los finos y sagaces jurisconsultos romanos, apunta C. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ³. Las obligaciones no disponen de una sede física como sí la tienen los bienes sobre los que recaen los derechos reales. Un apartamento situado en Torre vieja tiene una sede física, está situado en un concreto lugar físico. Frente a ello, la obligación de pagar el precio de una compraventa de una partida de azúcar, la obligación de no competir, la obligación de diseñar una página web, son obligaciones que no tienen una sede física. Estas obligaciones no se encuentran en ningún lugar, porque las obligaciones son creaciones jurídicas incorpóreas y lo que no tiene existencia material no se encuentra en ningún concreto lugar físico, como ya explicaba F.K. VON SAVIGNY y como bien han subrayado también H. BATIFFOL / P. LAGARDE⁴. Con frecuencia, además, las obligaciones no recaen sobre

ternacioanl privado, tratados y manuales, incluyen reflexiones sobre esta fascinante evolución histórica del Derecho internacional privado en el campo de los contratos internacionales. Además *vid.*, *inter alia*, aparte de las concretas referencias citadas en el texto, las aportaciones de B. ANCEL, «Les conclusions sur les status et coutumes locaux de Du Moulin, traduites en français», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 21-38; B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017; C. BRIÈRE, «La pensée de Foelix entre universalisme et particularisme. Contribution à l'histoire du droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 2019, n.1, pp. 65-86; J.I. PAREDES PÉREZ, «Una lectura de la teoría conflictual de Savigny desde la perspectiva del reconocimiento de los derechos adquiridos», *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 2019, n. 38; J.I. PAREDES PÉREZ, “El principio de sumisión voluntaria de Savigny como germen del fundamento del art. 7.1 del Reglamento de Bruselas I ‘bis’ y de la jurisprudencia del TJUE en la precisión del lugar de cumplimiento de la prestación característica”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Pozuelo, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 497-518; C. CAMPIGLIO, «Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli Statutari ai giorni nostri», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, n.3, 2013, pp. 593-618; CÁTEDRA UCM, *Textos y materiales*, Madrid, 1970; E. CATELLANI, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, 2ª ed., Torino, vol.I (*Storia del Diritto internazionale privato*), 1895 y vol.II (*Savigny, la Scuola italiana e gli sviluppi più recenti della dottrina dell'ordine pubblico*), 1902; P. DOMÍNGUEZ LOZANO, “Las concepciones publicista y privatista del objeto del Derecho internacional privado en la doctrina europea: reconstrucción histórica”, *REDI*, 1994, vol.XLVI, pp. 99-135; C. FOCARELLI, *Introduzione storica al diritto internazionale*, 2012; D. FOUSSARD, «Le droit international privé de Foelix ou l'art périlleux de la transition (1840-1847)», *Revue critique de droit international privé*, 2020, n.3, pp. 449-372; F. GAMILLSCHEG, *Der Einfluss Dumoulin auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*, Berlin, Tübingen, 1955; M. GARDEÑES SANTIAGO, “Reflexiones sobre los orígenes históricos del DIPr.”, *AEDIP*, 2003, pp. 107-138; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Conflicto de leyes (en el espacio)”, *Enciclopedia jurídica básica, dirigida por A. Montoya Melgar*, Ed.Civitas, Madrid, , 1995, pp. 1428-1431; ID., “Derecho internacional privado”, *Enciclopedia jurídica básica, dirigida por A. Montoya Melgar*, Ed.Civitas, Madrid, , 1995, pp. 2311-2316; ID., “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios Homenaje A.Menéndez*, Madrid, 1996, pp. 5239-5270; M. GUTZWILLER, “Le développement historique du droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1929-IV, t.29, pp. 287-400; N.E. HATZIMIHAIL, *Preclassical conflict of laws*, Cambridge, UK, New York, NY, Cambridge University Press, 2021; N.E. HATZIMIHAIL, «On the Doctrinal Beginnings of the Conflict of Laws», *Yearbook of Private International Law XXI (2019/2020)*, pp. 101-136; E. JAYME, “Il Diritto internazionale privato estense”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1996, pp. 5-18; A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, (dos vols.), Paris, 1888, concr.pp. 273-279; H. LEWALD, *Conflits de lois dans le monde grec et romain*, Atenas, 1946, pp. 9-11; C.F. MAJER, *Das römische internationale Privatrecht*, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2017; E.M. MEIJERS, “L'histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l'Europe occidentale”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1934, vol.49, pp. 543-686; ID., *Étude d'histoire du droit international privé*, Centre Nationale de la recherche scientifique, Paris, 1967; W. NIEDERER, “Ceterum quaero de legum imperii romani conflictu”, *Revue critique de droit international privé*, 1960, pp. 137-150; R. DE NOVA, “Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1966-II, t.118, pp. 435-619, esp. pp. 441-477; E. SCHÖNBAUER, “Personalitätsprinzip und Privatrechtsordnung im Römerreiche”, *Anzeiger der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse*, 97, 1960, pp. 182-210; F. STURM, “Comment l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois?”, *Journal de droit international Clunet*, 106, 1979, pp. 259-273; ID., “Unerkannte Zeugnisse römischen Kollisionsrechts”, en *Festschrift Fritz Schwind*, Wien, 1979, pp. 323-328; J. WESLAKE / F. TOPHAM, *A Treatise on Private International Law; With Principal Reference to its Practice in England. (Reprint de la edición de Sweet & Maxwell, de 1912)*, 2008; H.E. YNTEMA, “The Historic Bases of Private International Law”, *AJCL*, 2, 1953, pp. 297-317.

³ C. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, “Intereses de prestamos de dinero. Limitaciones legales y efectos civiles de su abusividad en el derecho romano”, *Revista jurídica da FA7: periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro*, vol. 15, n. 1, 2018, pp. 141-159, también en *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, n. 20, 2018, pp. 426-464.

⁴ H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé I*, Paris, LGDJ, 1993, p. 449: «En l'absence d'objet matériel il ne s'agit plus de droits réels, mais de droits de créance corrélatifs à des obligations (...) les obligations ayant pour objet une prestation du débiteur, c'est-à-dire son activité, ne se localisent pas par elles-mêmes comme un bien corporel: cette activité n'est pas nécessairement liée à un lieu déterminé (...) il es difficile (...) de dissocier les obligations des actes ou des faits

un bien que pueda situarse en un concreto lugar, como ha destacado, de mismo modo, abundante doctrina⁵. Es imposible, por tanto, indicar la Ley aplicable a una obligación mediante una referencia al país de la situación de la cosa física objeto de la relación jurídica. Debe recordarse que el objeto del contrato no es el bien, sino la obligación, que puede, o no, recaer sobre un bien corporal. El contrato genera obligaciones exigibles entre las partes. Por ello, la localización eficiente de las obligaciones contractuales debe arrancar de la fuente de la obligación, del contrato, y no de los objetos sobre los que, en su caso, pueden recaer las obligaciones.

3. En segundo lugar, los contratos pueden ser internacionales por motivos muy diferentes: sede de los contratantes en diversos países, objeto del contrato sito en país extranjero, lugar de celebración localizado en país extranjero, repercusiones internacionales del contrato, moneda empleada como medio de pago, etc. Detenerse en el elemento internacional del contrato para concretar la Ley reguladora del contrato no parece un método seguro y fiable para precisar la Ley aplicable a los contratos internacionales.

4. En tercer lugar, en los contratos internacionales intervienen varias partes. Con frecuencia, tales partes tienen su residencia en países diferentes y/o poseen nacionalidad de Estados distintos. Resulta imposible, por tanto, fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales mediante una referencia a una sola y única “Ley personal” del sujeto resulta normalmente imposible porque hay varios sujetos implicados.

5. En cuarto lugar, los intereses implicados en la contratación internacional, tanto públicos como privados, son de gran complejidad, y requieren una solución ajustada, un equilibrio difícil. Los particulares pueden preferir la aplicación de la Ley inglesa al contrato de compraventa de un cuadro de PICASSO que implica su exportación desde España a los Estados Unidos de América, pero el Estado español puede exigir la aplicación a dicho contrato de su propia legislación, que impide la salida de España de la obra de arte y que penaliza al que trata de exportar el cuadro sin la pertinente y obligatoria autorización de la Administración, como se puede apreciar, por ejemplo, en la STS CA 4 marzo 2021⁶. No deben subestimarse de modo ingenuo las tendencias políticas que subyacen en ciertas normas de Derecho internacional privado que, aparentemente, destaca P. KINSCH, sólo se ocupan de los intereses de los contratantes⁷.

II. Ley aplicable a los contratos internacionales. Los precedentes griegos y egipcios. La solución del papiro egipcio

6. Es posible hallar ciertos casos de contratación internacional que se pierden en la noche de los tiempos y cuyo estudio detenido permite descubrir cómo se determinaba la Ley aplicable a los contratos internacionales en la remota Antigüedad. Apuntan H. LEWALD y F. STURM que, en los contratos entre

juridiques qui les engendrent: la localisation du contrat ou délit, déterminera donc la loi applicable aux obligations dont ils sont la source». F.K. VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, traducido del alemán por M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Messía y Manuel Poley, Madrid, 1879, vol.VIII, edición facsimil de Ed. Comares, Granada, 2005, p. 1414: “la obligación tiene un objeto de una naturaleza invisible si se la compara con el derecho real que versa sobre un objeto material accesible a nuestros sentidos. Debemos, pues, comenzar por dar cuerpo a este elemento invisible de la obligación”.

⁵ F. 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, esp. p. 53; O. LANDO, «Contracts», *International encyclopedia of comparative law*, vol.III, Chapter 24, 1976, 58-62; L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: la prestación característica*, Bolonia, Studia Albornotiana, 1994, p. 33; M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, *Estudios homenaje Prof.A.Menéndez*, Madrid, 1996, T.IV, pp. 5302-5303, esp. p. 5302.

⁶ STS CA 4 marzo 2021 [ECLI: ECLI:ES:TS:2021:755].

⁷ P. KINSCH, “Le rôle du politique en droit international privé. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 2019, tome 402, pp. 9-384, esp. pp.110-112.

griegos y egipcios, ciertos tribunales estimaron que la Ley que debía regir el contrato internacional era la Ley del país en cuyo idioma estaba redactado el contrato⁸. Se pronunciaban en este sentido ciertas decisiones judiciales cuyo texto escrito se encontró en los papiros con los que se embalsamaban los cocodrilos sagrados en el antiguo Egipto. En tales palimpsestos se halló, por ejemplo, un texto de un contrato firmado entre un griego y un egipcio en la época del Egipto ptolemaico. En él se afirmaba que si el contrato se redactaba en griego, serían competentes los “*tribunales crematistai*”, formados exclusivamente por sujetos griegos, y tales tribunales aplicarían el Derecho griego, como exponen B. BAREL / ST. ARMELLINI⁹. Por el contrario, si el contrato estaba redactado en idioma egipcio, serían competentes los “*tribunales laocritas*”, formados por sujetos egipcios, que aplican al contrato el Derecho egipcio.

7. La solución tiene una lógica evidente de Derecho privado. Si las partes han redactado el contrato en idioma griego, ello puede querer decir que las partes han negociado el contrato “con las leyes griegas en sus mentes”. Las partes, en dicho caso, estaban psicológicamente situadas en el ordenamiento griego cuando celebraron el contrato. De otro modo expresado, el idioma del contrato refleja la voluntad común de las partes. La aplicación de la Ley que se corresponde con el idioma del contrato es, así, la aplicación de la Ley elegida por las partes de modo tácito o implícito.

8. Esta solución solventaba la cuestión de la Ley aplicable a los contratos internacionales mediante la previa determinación del tribunal competente, ya que se arrancaba del axioma según el cual un tribunal de un Estado sólo podía aplicar la Ley de su Estado y jamás podía aplicar la Ley de otro Estado. Este principio era lógico en una época en la que la función judicial solía considerarse como un atributo divino. Si los reyes de Egipto han sido designados por los dioses, ejercen su soberanía y sus funciones judiciales sobre su pueblo por voluntad de los dioses. De ese modo, si una controversia debe ser decidida por los jueces griegos, éstos sólo pueden actuar con arreglo a las leyes griegas, que han sido dictadas por el Estado griego en ejercicio de un poder que les ha sido atribuido por los dioses. El Derecho, en efecto, se considera dado o inspirado por la divinidad, razón por la que su aplicación es imperativa, necesaria e ineludible: un tribunal aplica siempre la Ley del Estado del que depende, pues en última instancia, reciben su poder (judicial) de los dioses y deben fallar, lógicamente, con arreglo a las leyes de los dioses que les han otorgado tal poder.

9. En suma, la llamada “solución del papiro egipcio” descansaba sobre los criterios o foros de competencia judicial internacional. Si un tribunal egipcio era competente para solventar un litigio relativo a un contrato entre griegos y egipcios, aplicaba al fondo el Derecho egipcio. Los criterios de competencia internacional se utilizaban, de un modo indirecto, para señalar también cuál era el Derecho aplicable al fondo del contrato internacional.

10. En ciertas ocasiones, los contratos se redactaban en ambos idiomas, griego y egipcio. En tales casos, señala J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, el demandante podía elegir la Ley aplicable al contrato. En efecto, si el comprador egipcio demandaba al vendedor griego ante los tribunales egipcios, éstos aplicaban el Derecho egipcio. Y viceversa, si demandaban ante los tribunales griegos éstos aplicaban Derecho griego¹⁰. En todo caso, ello demuestra, también, la estricta correlación *forum-jus* propia de la Antigüedad: los tribunales de un Estado sólo aplican las leyes de ese Estado. En estas épocas resultaba inconcebible aplicar leyes extranjeras, porque se consideraba que ello habría vulnerado la soberanía del país cuyos tribunales debían decidir el litigio.

⁸ H. LEWALD, *Conflicts de lois dans le monde grec et romain*, Atenas, 1946, pp. 9-11; F. STURM, “Comment l’Antiquité réglait-elle ses conflits de lois?”, *Journal de droit international Clunet*, n. 106, 1979, pp. 259-273; Id., “Unerkannte Zeugnisse römischen Kollisionsrechts”, en *Festschrift Fritz Schwind*, Wien, 1979, pp. 323-328.

⁹ B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato: tutto il programma d’esame con domande e risposte commentate*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 22-28, esp. p. 22.

¹⁰ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, vol.156, 1977, pp. 233-376, esp. pp. 250-251.

III. Ley aplicable a los contratos internacionales en la Alta Edad Media

1. La personalidad de las leyes

A) La Ley personal del disponente en los actos unilaterales

11. En la Antigüedad clásica, los tribunales griegos y romanos aplicaban exclusivamente su propia Ley sustantiva a todo litigio derivado de un contrato internacional que se suscitaba ante ellos (*Lex Materialis Fori*). La cuestión radicaba, pues, en la precisión de los foros de competencia judicial internacional, ya que la competencia del tribunal de un Estado comportaba automáticamente, la aplicación de la Ley sustantiva de dicho Estado. Esta solución se mantiene durante la época romana clásica y post-clásica y llega a la Alta Edad Media, a los tiempos oscuros.

12. En la Alta Edad Media, los escasos datos, elementos y materiales disponibles permiten afirmar, con la necesaria prudencia y contención intelectual, que las donaciones, dotes matrimoniales o actos dispositivos unilaterales se regían por la Ley personal del donante (= esto es, por la Ley del pueblo al que el sujeto declaraba pertenecer: sistema de la *Professio Juris*)¹¹.

B) La Ley elegida por el disponente en los actos unilaterales: los casos del rey lombardo Ratchis (año 744), el herrero del Bolzano (circa año 800), y el Cid Campeador (año 1074)

13. No obstante lo anterior, curiosamente, el disponente, en ocasiones, otorgaba el acto con arreglo a otra Ley distinta, una Ley que no era la Ley del pueblo al que pertenecía. Ello refleja una muy incipiente y rudimentaria muestra de autonomía de la voluntad conflictual unilateral, esto es de la posibilidad de que las partes implicadas en una relación jurídica internacional pudieran elegir o seleccionar, de uno u otro modo, la Ley aplicable a dicha relación. El fenómeno se explica porque, en la Alta Edad Media, asentados los bárbaros en Occidente, se mezclan los invasores con los invadidos y ciertos sujetos se sienten parte de varias comunidades distintas. Se sienten ostrogodos y romanos, por ejemplo, al mismo tiempo.

14. Así, en primer lugar, se aprecia en el caso de la *sponsalium* que realizó, Ratchis, duque de Friuli (739-744) y rey de los lombardos (744-749). Ratchis es el nombre latinizado del lombardo “Rachi”. Para reforzar su posición política como rey de los lombardos, que no era en absoluto fuerte, Ratchis trató de congraciarse con la población romana de la Italia del Norte, donde reinaba e inició un proceso de “romanización”. Así, en el año 746, comenzó a utilizar el título románico de *Princeps* y abandonó el tradicional título de “rey de los lombardos”. De ese modo, Ratchis buscaba, también, situarse como heredero ideal de los emperadores romanos y como rey superior a todas los pueblos que se encontraban mezclados en Lombardía. Por otra parte, en el año 744, Ratchis contrajo matrimonio con una mujer romana, probablemente, según la tradición, perteneciente a la aristocracia local, cuyo nombre era Tassia. Pues bien, el rey lombardo casó con Tassia con arreglo al rito romano y no según el tradicional rito lombardo y realizó la *sponsalium* con arreglo a la Ley romana, en vez de otorgar la dote (*Morgengabe*) en sintonía con la Ley germánica, esto es, con arreglo a su Ley personal.

15. En segundo lugar, debe citarse el célebre y muy conocido caso del herrero de Bolzano que, a pesar de vivir según la Ley romana, otorgó donación a su esposa según la Ley germánica (*quod in teutonica lingua dicitur morgengab*): es el llamado *Morgengabe*, el “regalo de la mañana”, explican E.M.

¹¹ L. STOUFF, *Étude sur le principe de la personnalité des lois depuis les invasions barbares jusqu'au XIII^e siècle*, Paris 1894, también, en idioma italiano, con el título «Il principio della personalità delle leggi dalle invasioni barbariche al secolo XX», *Diritto internazionale*, 1967, 21-I, pp. 80-134, un texto exhaustivo y magníficamente bien documentado.

MEIJERS y A. MIAJA DE LA MUELA¹². Se trata ésta de una institución jurídica germánica medieval. En su origen, consistía en la entrega a la esposa, por su marido, de unos bienes, -dinero, animales, armas, etc.-, como regalo por su virginidad entregada la noche de bodas. En realidad, la *Morgengabe* siempre operó como una reserva patrimonial para el caso de que el marido falleciera antes que su esposa. En el Medioevo, el rendimiento laboral de las mujeres era escaso, visto que la mayor parte del trabajo se concentraba en la agricultura y en unas condiciones extraordinariamente duras y visto también que, con frecuencia, la mujer tenía prohibido trabajar al carecer de plena capacidad jurídica, ya que estaba sometida al *patrifamilias*. La *Morgengabe* fue frecuente en Occidente, incluida España, pues fue una costumbre traída por los visigodos a la península ibérica.

16. También debe recordarse, en tercer lugar, al gran don Rodrigo Díaz de Vivar, el Cid Campeador, que casó con Doña Ximena el 19 julio 1074. El Cid entregó a su esposa sus arras “*por fuero de León*” en virtud de la famosa “*kartula donacionis vel profliacionis*”, aunque entre los bienes entregados en arras se encontraban villas y heredades situadas en Castilla, “*lo cual otorgo y prometo yo, Rodrigo Díaz, a vos mi esposa, por el decoro de vuestra hermosura y pacto de matrimonio virginal*”. Doña Ximena estaba sometida al Fuero de León, por lo que es claro que el Cid optó por aplicar la Ley que regulaba la capacidad jurídica y de obrar de su esposa doña Ximena. De ese modo, los bienes entregados en arras pasaban a formar parte de la propiedad de su esposa, que podía disponer de ellos con arreglo a su propia Ley personal, el Derecho de León. Así, por ejemplo, indica J.M. CONDON, la pérdida de los bienes dados en arras se perdían en el caso de que falleciera el Cid su marido y de que doña Ximena contrajese nuevo matrimonio. En tal caso, el Fuero de León preveía que los bienes entregados por el Cid regresaran a sus hijos¹³. Este contrato de arras también demuestra la extraordinaria generosidad del Cid Campeador. En efecto, el Fuero de Castilla limitaba las arras al 10% de los bienes del esposo. Por el contrario, en el Fuero de León las arras pueden alcanzar el 50 %. Así fue y así puede leerse en la “*carta de arras*” que hoy se halla conservada en el archivo de la catedral de Burgos. En dicho documento puede comprobarse que el Cid entregó 39 villas a su esposa doña Ximena, por lo que puede conjeturarse que el patrimonio de don Rodrigo Díaz de Vivar el Cid comprendía aproximadamente 80 villas: era un hombre muy rico y fue muy generoso con su esposa¹⁴.

C) La Ley personal del contratante demandado

17. En los negocios y contratos bilaterales, explican A. MIAJA DE LA MUELA, cada contratante cumplía según su propia Ley personal, pues el contrato se entendía, en realidad, como la suma de estipulaciones unilaterales de cada contratante¹⁵. Es la concepción escandinava del contrato, extraordinariamente bien expuesta por I. LUCIDI: cada contratante se obliga según su propia Ley y sólo puede ser juzgado con arreglo a su propia ley¹⁶. La explicación es sencilla: un contratante, al obligarse, realiza una

¹² E.M. MEIJERS, «L’histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l’Europe occidentale», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1934, vol.49, pp. 543-686, esp. pp. 567-570; A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, vol. I, Ed. Atlas, Madrid, 1985, pp. 105-106: “*En una etapa intermedia, en la que el origen de los otorgantes de un negocio jurídico era conocido para el interesado, pero no para los demás, se utilizó la professio iuris, que el interesado hacía acerca de su origen, y, a veces del contenido de las normas que en virtud de este origen le eran aplicables. En una época más avanzada esta declaración se entendió como fruto de la autonomía de la voluntad, en virtud de la cual cada uno se sometía a la ley que tenía por conveniente: así explica MEIJERS casos como el de un herrero de Bolzano que hace profesión de vivir en la ley romana, y que, no obstante, hace a su esposa la donación “quod in Teotonica lingua dicitur morgengab”...*”.

¹³ J.M. CONDON, “El Cid abogado y político”, *Boletín de la Institución Fernán González*, 2º sem. 1983, año 63, n. 203, pp. 249-255 (texto en <https://riubu.ubu.es/handle/10259.4/2072>). Vid. también sobre las arras del Cid, <https://www.metisrestaura.com/elcidde Sevilla/que-es-la-carta-de-arraas/>.

¹⁴ Vid. <http://elciddevivar.blogspot.com/2005/12/el-19-de-julio-de-1074-rodrigo-contrae.html>.

¹⁵ E.M. MEIJERS, «L’histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l’Europe occidentale», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1934, vol.49, pp. 543-686; A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, vol. I, Ed. Atlas, Madrid, 1985, pp. 105.

¹⁶ I. LUCIDI, “La recezione del negozio giuridico in altre paesi”, en F. GALGANO, *Atlante di diritto privato comparato*, 5ª

promesa de cumplimiento: promete cumplir ante sus dioses. No frente al otro contratante, sino frente a sus dioses. En consecuencia, sólo se obliga con arreglo a lo que establece la Ley de su país, la Ley que refleja la voluntad de sus dioses. Si el contratante que ha jurado cumplir con arreglo a su ley resulta que no cumple, sólo se le puede reclamar en virtud de esa Ley, de su propia Ley y no de la Ley del otro contratante. El contratante debe cumplir con arreglo a su Ley porque se obliga sólo con arreglo a dicha Ley.

18. Este sistema de la personalidad de las leyes domina durante los siglos V a IX, como demuestra el profundo estudio de E.M. MEIJERS¹⁷. Deriva de la pluralidad normativa que se produce al traer los pueblos invasores su propio Derecho y conservarse, sin embargo, el Derecho de los vencidos. En un mismo territorio subsistían distintas leyes, aplicables a pueblos diferentes. La *Professio Legis* (= una declaración de acogimiento del interesado a su ley de origen, a la Ley de su pueblo), servía para aplicar este criterio de la personalidad de las leyes. En un primer momento, la *Professio Legis* fue un acto de notoriedad por el que la persona declaraba a qué pueblo pertenecía, indica J. DE YANGUAS MESSÍA¹⁸. La consecuencia de dicha declaración de la persona es, como exponen con gran claridad B. BAREL / ST. ARMELLINI, la aplicación del Derecho de la comunidad a la que el sujeto declara pertenecer a las obligaciones que asume dicha persona (*lege sua vivit*)¹⁹.

19. El sistema respondía a una clara lógica medieval. Cada persona, igual que profesaba una religión, profesaba también un Derecho: ambas son cuestiones íntimamente ligadas a la esfera de cada individuo, como destaca J.-M. FONTANELLAS MORELL en su magnífico estudio sobre la *professio juris* sucesoria²⁰. Por ello, la “*professio Juris*” es también conocida, señala A. BONOMI, como “*déclaration de nationalité*”²¹. De este modo, se acepta un sistema de aplicación distributiva de las leyes, como muy grá-

ed., 2011, pp. 59-665 esp. p. 59: “*Nella visione dottrinale generale tipica dei paesi nordici non è la fattispecie contrattuale costituita dall'accordo delle parti a creare effetti giuridici: lo sono invece la proposta e l'accettazione, visti ognuno come negozi unilaterali. Ne risulta una forte protezione nei confronti della controparte in buona fede, a scapito di colui che rive una dichiarazione erronea. Si riscontra anche una fortissima considerazione per l'interesse di colui che riceve una dichiarazione di volontà: la proposta contrattuale viene resa irrevocabile, non appena il destinatario abbia avuto conoscenza, dovendo poter confidare nella validità della stessa fino della sua risposta*”.

¹⁷ E.M. MEIJERS, «L'histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l'Europe occidentale», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1934, vol.49, pp. 543-686.

¹⁸ J. DE YANGUAS MESSÍA, *Derecho internacional privado, parte general*, 3ª ed., Madrid, Ed.Reus, 1971, pp. 31-42 y 207-226; J. DE YANGUAS MESSÍA, “La regla locus regit actum”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1967, vol.XV, pp. 479-497.

¹⁹ B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato: tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 22-28, esp. p. 22; J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, Bruylant, 1992, pp. 52-56; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1977-III, t.156, pp. 227-376, esp. pp. 250-260; H. LEWALD, *Conflits de lois dans le monde grec et romain*, Atenas, 1946, pp. 9-11; F.K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht / Boston / Londres, 1993, pp. 6-10; E.J. MEIJERS, «L'histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l'Europe occidentale», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1934, vol.49, pp. 543-686, esp. pp. 543-580; A.E. VON OVERBECK, «La *Professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé», *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, vol.II. Gent, 1965, pp. 1085-1112; A. CURTI GIALDINO, «La volonté des parties en droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1972, vol.137, pp. 743-914, esp. pp. 850-854; F. SCHWIND, «Die Rechtswahl im IPR-Gesetz und nach der resolution des Institut de droit international von 1991», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1992, pp. 101-108; F. SCHWIND, «Aspects et sens du droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1984, vol.187, pp. 9-144, esp. 72-75; G. BARILE, «La fonction historique du droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol.116, 1965, pp. 305-381, esp. pp. 305-381; M. GUTZWILLER, «Le développement historique du droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol.29, 1929, pp. 287-400, esp. pp. 287-299; S.L. GUTERMAN, «The Principle of the Personality of Law in the Early Middle Ages, A Chapter in the Evolution of Western Legal Institutions and Ideas», *Univ. Miami Law Review*, 21, 1966/67, pp. 259-348; L. STOUFF, «Il principio della personalità delle leggi dalle invasioni barbariche al secolo XII», *Diritto internazionale*, 21, I, 1967, pp. 80-134; F. STURM, «Comment l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois?», *JDI Clunet*, 106, 1979, pp. 259-273; H.E. YNTEMA, «The Historic Bases of Private International Law», *AJCL*, 2, 1953, pp. 297-317; CH. ROCHAT, *La dislocation du statut personnel. Étude de droit international privé*, Lausanne, 1986, pp. 21-35.

²⁰ J.-M. FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris sucesoria*, M.Pons, Madrid, 2010, pp. 29-55.

²¹ A. BONOMI, “Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement européen”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2010, pp. 241-272.

ficamente describen, de nuevo, B. BAREL / ST. ARMELLINI²². La relación jurídica se atomiza y cada sujeto sigue su propia Ley en relación con la porción de la relación jurídica que le afecta: las obligaciones del vendedor son las establecidas en la Ley del vendedor, mientras que la adquisición de la mercancía sigue la Ley del comprador. Por tanto, si se demanda al vendedor la entrega de la cosa, se le exige que cumpla con su propia Ley personal. Es la Ley del contratante demandado y obligado por su propia promesa de entregar la cosa vendida que ha realizado, no puede ser de otro modo, con arreglo a su propia Ley.

20. Sin embargo, la *Professio Juris* fue pronto empleada de modo demasiado flexible, por no decir fraudulento, pues el individuo elegía la Ley más favorable a sus pretensiones y resultaba difícil comprobar a qué pueblo, realmente, pertenecía el sujeto o de qué comunidad socio-política procedía. En un segundo estadio, y con mezcla de la población bárbara invasora y romana, la *Professio Juris* se convierte en un auténtico “acto de opción” entre Leyes, apunta A.E.V. OVERBECK²³. Así es, se permite que sea el mismo individuo, el que “decida” a qué comunidad política se considera vinculado, a qué pueblo pertenece, o con arreglo a qué Ley quiere obligarse, tal y como de nuevo expone E.M. MEIJERS²⁴. Ello puede explicar los desajustes antes observados de sujetos que se obligan públicamente a cumplir sus obligaciones con arreglo a una Ley que no es, *stricto sensu*, su Ley personal: el caso del rey lombardo Ratchis, el caso del herrero de Bolzano y el caso de Rodrigo Díaz de Vivar, el Cid Campeador, como antes se ha indicado. En suma, la *professio juris* altomedieval se acerca a una forma elemental de autonomía de la voluntad conflictual. El sistema presenta ya fracturas y no es seguro, no proporciona la seguridad jurídica que requieren los actos dispositivos de bienes y, en general, los contratos.

21. Por otra parte, es sabido que, en España, las cuestiones de Derecho internacional privado en la Alta Edad Media están marcados por una polémica clásica.

Por un lado, las tesis históricas tradicionales han sostenido que el Código de Eurico y el Breviario de Alarico, -promulgados por los invasores visigodos-, eran de *aplicación personal*. El primero era aplicable a los visigodos y el segundo, a los hispano-romanos, hasta la unificación legal llevada a cabo por el Fuero Juzgo. Por tanto, muchos autores estiman que también en España la personalidad de las leyes fue el criterio básico en la Alta Edad Media (A. MIAJA DE LA MUELA). La invasión musulmana de España supone, muy probablemente, un impulso al sistema de la personalidad de las leyes.

Por otro lado, A. GARCÍA GALLO sostuvo que tanto el Código de Eurico como el Breviario de Alarico eran de aplicación territorial. En España se habría seguido un sistema de territorialidad, a diferencia de lo que sucedió en el resto de Europa, donde se observó el sistema de la personalidad de las leyes.

La polémica referida está lejos de ser resuelta y además aparece oscurecida por varios datos. En primer lugar, en los fueros municipales de León y Castilla se hace referencia con reiteración, al hecho de que los pleitos entre moradores de las villas y los habitantes de las villas próximas se ventilaran ante jueces de ambas partes (*juicio de medianedo*), sin que pueda afirmarse qué Derecho aplicaba este tribunal mixto. En segundo lugar, cuando se forma el Derecho de los distintos reinos existentes en España (*Usatges* de Cataluña, Fueros de Aragón, *Furs* valencianos, etc.), debieron surgir, lógicamente, problemas de Derecho aplicable a las relaciones privadas interlocales. Sin embargo, como en el caso anterior,

²² B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato: tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 22-28, esp. p. 22-23: “Nel vigore del principio della personalità del diritto, i rapporti che intercorrono tra membri delle diverse comunità devono essere inquadrati in chiave (non di conflitto ma) di applicazione distributiva delle leggi, dato che il rapporto si atomizza e ciascuno segue la propria legge per la porzione di rapporto che gli compete: la vendita segue la legge del venditore e l'acquisto quella del compratore; ciascun nubendo viene al matrimonio secondo la propria leggeri personale, e così via”. También P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p. 38.

²³ 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; ID., “La *Professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé”, *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, vol.II. Gent, 1965, pp. 1085-1112; ID., “La théorie des règles de conflit facultatives et l'autonomie de la volonté”, *Festschrift für F.Vischer zum 60.Geburstag*, Zurich, 1983, pp. 257-262.

²⁴ E.J. MEIJERS, «L'histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l'Europe occidentale», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1934, vol.49, pp. 543-686.

y vista la falta de datos históricos fiables, no es posible precisar los criterios utilizados para determinar el Derecho aplicable en estos casos.

22. En todo caso, aparte los supuestos de actos dispositivos unilaterales, como donaciones y arras, en los que la aplicación de la Ley personal del disponente es clara, no existen datos documentales claros que prueben que los jueces de la Alta Edad Media hayan aplicado, a los contratos bilaterales internacionales, en ciertas ocasiones, un Derecho extranjero. Ello conduce a afirmar, con J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y C. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ / M.J. AZAUSTRE FERNÁNDEZ, que, como regla general, en los escasos supuestos de contratación internacional, se acudía al tribunal del Estado del domicilio del demandado, juez natural del éste, y se aplicaba el Derecho de dicho Estado, esto es, la *Lex fori*: el juez aplicaba su propio Derecho²⁵.

2. La territorialidad judicial de las Leyes. La *Lex Fori*

23. El hundimiento del Imperio romano sumerge a Europa en un inmenso y profundo caos económico y jurídico, en la pobreza, el hambre, la mera subsistencia y el retraso tecnológico. Se retroceden varios siglos y se regresa a un sistema sin moneda, sin tribunales estatales, sin innovaciones técnicas, sin apenas manufacturas. Un sistema económico basado exclusivamente en la producción agrícola y ganadera obtenida con enorme esfuerzo humano debido a la carencia de instrumentos adecuados. Las ciudades se vacían debido a los muy elevados impuestos, a los ataques de bandas armadas y a las enfermedades y epidemias. Las personas huyen al campo y se instalan en granjas y cabañas de modo definitivo para trabajar en el campo. Vuelve una economía rudimentaria basada fundamentalmente en el trueque. El comercio entre personas de lugares distintos desaparece. La sociedad se vuelve estática. Llega el feudalismo. La Alta Edad Media es una época en la que apenas existen relaciones “internacionales” entre particulares de distintos feudos y comunidades²⁶. En dicho período histórico, la gente abandona las ciudades. El siervo trabaja para el señor feudal en el feudo. Nace, vive toda su vida y muere en el feudo. No existe comercio “internacional”. Los sujetos sólo se relacionaban dentro de su comunidad social y jurídica (= dentro de su “Estado”, se diría hoy). La costumbre de lugar, basada fundamentalmente en una mezcla caótica y asistemática de ritos germánicos, de prácticas derivadas del Derecho romano vulgar y de aportes procedentes del Cristianismo, es el Derecho vigente.

24. Los reyes de la época no disponen de un poder político y jurídico suficientemente fuerte para obligar a todo su reino con arreglo a un mismo cuerpo legal que se aplique en todo el territorio del reino. Los reyes deben apoyarse en el poder feudal, en los distintos señores que les han ayudado en sus conquistas del reino, a los que conceden señoríos, villas y su propio Derecho, sus fueros. Los señores feudales son los dueños de su feudo y administran justicia en sus feudos al margen de la justicia real. Pues bien, los señores feudales aplican, en sus feudos, sus propias leyes y sólo sus propias leyes. Aplicar las leyes de otros señores feudales o de otros reinos es algo impensable, pues ello supondría una vulneración del poder del señor feudal en su territorio. Las leyes son fuertemente territoriales en el sentido de la “territorialidad judicial”: los jueces aplican sólo y exclusivamente las leyes de su propio país o territorio. Se afianza así, también, el poder del señor feudal. El Derecho comienza, muy lentamente, a “estatalizarse”, a concentrarse en los señores feudales. El resultado es claro. Nace una multitud de órdenes jurídicos aplicables en sus respectivos territorios.

²⁵ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol.156, 1977, pp. 233-376, esp. pp. 253-255; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas I-is 1215/2012. Análisis crítico de la regla actor *sequitur forum rei*”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2019, vol. 11, n. 1, pp. 112-138; C. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ / M.J. AZAUSTRE FERNÁNDEZ, “Sumisión y residencia habitual en el Reglamento Europeo de Sucesiones: Fundamentos romanísticos”, *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, n. 24, 2020, pp. 150-260.

²⁶ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8ª ed., 2004, p. 40; J. DERRUPÉ / J.-P. LABORDE, *Droit international privé*, Dalloz, 16ª ed., 2008, p. 63.

25. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, y de una manera lógica, se impone el sistema de la “territorialidad (judicial) de las leyes”. Ello es visible con claridad a partir del siglo IX y dura aproximadamente hasta el siglo XIII, momento en el que comienza su declive, ya muy acentuado en el siglo XV, expone el clásico estudio de A. LAINÉ²⁷. La territorialidad judicial de las leyes significa que, para resolver los casos internacionales, el juez aplica siempre su propio Derecho material. La vigencia del Derecho Romano y del Derecho Canónico, como órdenes jurídicos superiores, atenuaba algunos efectos perversos de este sistema territorialista-judicial. En el plano de la competencia judicial, en este período cobra una gran fuerza el foro del domicilio del demandado, tanto en materia civil como en materia penal, foro que presenta carácter imperativo, como ha destacado J.D. GONZÁLEZ CAMPOS²⁸. En definitiva, hasta el siglo XII, los casos internacionales se solventaban mediante el criterio de la unidad *Forum / Jus*, defendido por juristas medievales de indiscutido prestigio, como AZO, J.DE FAENZA y RUFINO: el juez que conoce del caso aplica la Ley del “Estado” al que pertenece.

26. El sistema de la “territorialidad (judicial) de las leyes” es una solución general que surgió en Europa cuando apenas existían intercambios “internacionales” o éstos eran muy escasos. Es una solución jurídica de “anti-Derecho internacional privado, subraya E. VITTA²⁹. Si no había intercambio internacional, no era necesario el Derecho internacional privado ni era preciso fijar la Ley aplicable a los contratos entre personas de diferentes lugares. Por ello, debe destacarse con firmeza que los juristas alto-medievales no eran unos ignorantes que no sabían nada del Derecho internacional privado y que desconocían la necesidad de impulsar, favorecer y promover el intercambio internacional. Estos juristas no se ocuparon del Derecho internacional privado hasta el siglo XIII porque, al no existir intercambio internacional, el Derecho internacional privado era, simplemente, innecesario, y la “regla *Lex Fori*” no provocaba costes para los particulares. Ello explica, precisamente, que el nacimiento del Derecho internacional privado se produzca cuando la autarquía económica y jurídica altomedieval termina y crecen los intercambios entre sujetos de comunidades sociales diferentes sometidos a Poderes Públicos distintos (= sujetos de “Estados” diferentes). En efecto, el Derecho internacional privado nace cuando un ciudadano de Bolonia es demandado en Módena, como indica, ya en el siglo XIII, la *Glossa Accursiana*. Ahí nace la necesidad de precisar la Ley reguladora de los contratos internacionales.

IV. Ley aplicable a los contratos internacionales en la Baja Edad Media

1. Lugar de celebración del contrato (*lex loci celebrationis*)

A) La Ley *Si Fundus* y la Ley *Contraxisse*. Canonistas y legistas

27. En la Baja Edad Media es cuando la cuestión de la Ley aplicable a los contratos internacionales comienza a plantearse como una cuestión propia e importante en el norte de Italia. Ello se produce por dos motivos.

En primer lugar, en virtud de la Paz de Constanza de 1183, se alcanza una solución pacífica entre el emperador Federico I Barbarroja, que pretendía dominar con mano de hierro todo Occidente, y las ciudades de la Liga Lombarda, que aspiraban a una cierta independencia. Federico I Barbarroja fue coronado emperador del Sacro Imperio Romano Germánico en el año 1155. El emperador tuvo que hacer frente a la independencia *de facto* que habían adquirido algunas ciudades del norte de Italia frente al Imperio. La Paz de Constanza otorga al emperador una especie de soberanía superior, ciertos derechos económicos, tributos y el nombramiento de ciertos cargos públicos. A cambio, las ciudades del norte de Italia ganan derechos. En el norte de la Italia actual, cada ciudad adquiere poder legislativo

²⁷ A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol.I, París, 1888, pp. 228-231.

²⁸ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol.156, 1977, pp. 233-376, esp. pp. 250-254.

²⁹ E. VITTA, *Dirito internazionale privato e processuale*, 3ª ed., Torino, UTET, 1989, pp. 61-64.

propio. Cada ciudad-Estado posee su propio ordenamiento legal (*Statutum*), pueden construir murallas fortificadas, pueden tener su propio gobierno, elegir a sus gobernantes y jueces: es el llamado “*güelfismo moderado*”. Es cierto que todas las ciudades y sus leyes reconocían la superior autoridad intelectual y lógico-argumentativa del redescubierto Derecho Romano. Sin embargo, el Derecho Romano es ya sólo un Derecho subsidiario que regía sólo *ubi cessat statutum*, indican B. BAREL / St. ARMELLINI³⁰. El protagonismo del Derecho de cada ciudad Estado es evidente. Esta razón explica por qué surgen los “conflictos de Leyes” en Europa pese a la presencia universal, -si bien más académica que judicial-, del Derecho Romano descubierto en Bolonia. Por otro lado, la pujanza legislativa de las ciudades del norte de Italia constituye un fenómeno único en Europa y se explica porque el sistema feudal sólo tuvo una presencia muy superficial en dicha área geográfica³¹.

En segundo lugar, aumenta considerablemente el comercio y crecen exponencialmente las relaciones jurídicas entre individuos domiciliados en diferentes ciudades-Estado. Los comerciantes y los artesanos, la burguesía, gana protagonismo, el oscuro medieval comienza a quedar atrás, el fin del mundo previsto para el año 1000 no ha tenido lugar y el progreso y la mejora de las condiciones de vida son ahora posibles. La proliferación de los intercambios internacionales protagonizada por artesanos, pequeños comerciantes y fabricantes, unido a las mejores técnicas en la agricultura, en la navegación, y a la apertura de nuevas rutas de comercio internacional gracias a las Cruzadas en Tierra Santa son factores que se unen a la antes aludida diversidad de leyes en Europa. Esta combinación de factores provoca el nacimiento de nuevas preguntas de Derecho internacional privado. Y la pregunta clave es ésta: ¿cuál es la Ley que rige los contratos internacionales? ¿La Ley del comprador? ¿La Ley del vendedor? ¿La Ley del lugar de celebración del contrato? ¿La Ley del lugar de ejecución del contrato? ¿La Ley elegida por las partes?

28. Cuando los juristas de la Baja Edad Media que operaban en el norte de Italia tuvieron que ofrecer soluciones de Derecho internacional privado fueron a buscarlas en el Derecho Romano, la *ratio scripta* de la época, descubierto en Bolonia alrededor del año 1000. Ahora bien, resultó que el Derecho Romano, esa “razón puesta por escrito”, no contenía normas de Derecho internacional privado *stricto sensu*. Ahora bien, en el Derecho Romano hallaron canonistas y legistas el equipaje dogmático, el arsenal técnico necesario para crear dichas soluciones. Del Derecho Romano se extrajo una gama de principios generales del Derecho Romano que ofrecían resultados eficientes e incentivaban el comercio internacional: *accessorium sequitur principale*, *locus executionis*, *locus celebrationis contractus*, *locus rei*, *lex patriae*, *locus actum*, *bona fides*, el respeto, por parte de todos los Derechos estatales, a los principios elementales de Justicia condensados en el Derecho Romano, -rechazo de los “estatutos odiosos”-, y muchos más. Tomaron también del venerable Derecho Romano la tripartición de las leyes en estatutos personales, reales y formales (Instituta, Libro I, título II, § 12: “*Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*”)³². Sobre esta plataforma dogmática de alta calidad jurídica, los grandes juristas italianos de la Baja Edad Media edificaron el Derecho internacional privado del primer capitalismo liberal. Un cuerpo legal basado en soluciones racionales, lógicas, previsibles y eficientes, como lo fue el Derecho Romano. Por tanto, el Derecho internacional privado fue, en su origen, una creación medieval, europea e italiana. Ello se percibe en las primeras soluciones dadas para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales. Son soluciones extraídas de principios generales del Derecho Romano.

29. Explica con transparencia H. BATIFFOL que los primeros expertos legales en acercarse a la cuestión fueron los canonistas, que basaron sus soluciones en dos Leyes del Digesto: la Ley *Si Fundus* y la Ley *Contraxisse*³³. Los canonistas enseñaban en las Universidades junto a los “legistas”. También aquéllos se ocuparon de formular reglas sobre aplicación de los distintos Derechos, como explican P.

³⁰ B. BAREL / St. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato: tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 22-28, esp. p. 25.

³¹ Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10ª ed., Paris, Dalloz, 2013, p. 85.

³² *Instituta*. Libro I, título II, § 12: «*Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*».

³³ *Ley Si fundus*: “*Si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis in qua negotium gestum est pro evictione caveri oportet*”. *Ley Contraxisse*: “*Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret se obligavit*”. Ambas citadas y bien glosadas por H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, Sirey, 1938, pp. 19-23.

MAYER y L. RIGAUD³⁴. La razón es sencilla: en la época, cada obispo gozaba de un cierto poder legislativo, por lo que surgían problemas de determinación de la “Ley aplicable”. Las soluciones de los canonistas, -como por ejemplo las recogidas en la Glosa a las decretales *A nobis*, de Clemente III, y *Ut animarum*, de Bonifacio VIII-, se asemejan a las de los legistas. Pues bien, tanto canonistas como legistas afirmaban que los contratos se rigen por la ley del lugar de su celebración. Así lo destaca expresamente BERNARDO DE PAVÍA en su obra *Summa Decretalium* a finales del siglo XII. No es de extrañar la coincidencia de soluciones: canonistas y legistas enseñaban en las mismas universidades, muchos legistas habían sido antes clérigos y ciertos tribunales eclesiásticos tenían competencia en materias civiles.

30. Es cierto que el Derecho Romano, -del que se extraían las Leyes *Si Fundus* y *Contraxisse*-, constituía base jurídica poco sólida de esta regla de Derecho internacional privado. En efecto, ninguna de las citas del Digesto se refería a cuestiones de determinación de la Ley aplicable a los contratos internacionales. Por un lado, la Ley *Si Fundus* se refiere a un problema concreto de interpretación de la voluntad de los contratantes. Por otra parte, la Ley *Contraxisse* trata la cuestión de la competencia judicial en materia de contratos, no la cuestión de la “Ley aplicable” a los mismos. Sin embargo, la gran autoridad del Derecho romano permitió a los canonistas sostener la solución *lex loci contractus* mediante la referencia estas dos leyes del Digesto. Una regla extraída, con mayor o menor imaginación y solidez, del Derecho Romano aparecía revestida de una fuerza de autoridad difícil de rebatir.

31. Esta primera regla formulada para dar solución a la cuestión de la Ley aplicable a los contratos internacionales, la regla *Lex Loci Celebrationis* (= los contratos se rigen por la Ley del país donde se han celebrado) se impone entre los expertos legales de la época, observa K.H. NEUMEYER³⁵. Debe recordarse que los juristas de la época eran estudiosos conocidos como “estatutarios”. Concretaban la Ley aplicable a los contratos mediante la precisión del ámbito de aplicación de las leyes de las distintas ciudades Estado. En realidad, los juristas medievales exponen la solución *lex loci celebrationis* de un modo peculiar. Indican que las leyes de un Estado que regulan las obligaciones contractuales se aplican a los contratos que se han celebrado en su territorio. A favor de la regla *Lex loci celebrationis* se pronuncian numerosos juristas.

Así, GUILLAUME DURANT, nacido en Languedoc en 1237 y fallecido en 1296, obispo de Meuge, llamado el *Speculator*, en su muy conocida obra *Speculum Juris* (circa 1271) precisa que, a su juicio, el juez debe aplicar, a los contratos celebrados entre ciudadanos que tenían su origen en ciudades distintas, “la Ley del lugar en el que el contrato se ha celebrado”³⁶.

En el mismo sentido se expresa PIERRE DE BELLEPERCHE, obispo de Auxerre y fallecido en 1308: en su obra *Repetitiones in aliquot divi Justiniani imperatoris leges*, cita, como opinión de los doctores, que los contratos deben ajustarse, tanto en su forma como en su sustancia, a la Ley del lugar de conclusión del contrato³⁷.

Igualmente ofrece idéntica solución (*lex loci celebrationis*), el gran BERNARDO BALBI, conocido como BERNARDO DE PAVÍA, canonista italiano que enseñó en la Universidad de Bolonia antes de integrarse en la curia romana, en su obra *Summa Decretalium*, a finales del siglo XII³⁸.

³⁴ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p. 38 y nota [8]; L. RIGAUD, «Contribution des canonistes aux plus anciennes doctrines du droit international privé et l'influence de celui-ci sur le Codex juris canonici», *Actes du Congrès de droit canonique*, Paris, 1950, pp. 376-386.

³⁵ K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat und Strafrecht bis Bartolus*, vol.II, 1916, pp. 84 y 135 ss. En el mismo sentido, H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.I, 8ª ed., LGDJ, Paris, 1993, p. 470.; M. GUTZWILLER, “Le développement historique du droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1929-IV, t.29, pp. 287-400; A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol.I, Paris, 1888, pp. 118-129. Muy bien explicado por M. VIRGÓS SORIANO, «Obligaciones contractuales», en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado*, parte especial, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 295-376, esp. pp. 303-308.

³⁶ A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol.I, Paris, 1888, pp. 118-121.

³⁷ *Vid.* nota anterior.

³⁸ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p. 38 y nota [8]; L. RIGAUD, *Contribution des canonistes aux plus anciennes doctrines du droit international privé et l'influence de celui-ci sur le Codex juris*

En el siglo XIV, la solución *lex loci celebrationis* se mantiene. Autores como JEAN FABRE, en sus obras *Commentarius in Institutionis y Breviarum in Codicem*, la defienden sin dudar³⁹. En Francia, la regla *locus regit actum* o bien *lex loci celebrationis* se aplica en un *arrêt* del Parlamento de París de 1272 y todavía más claramente en una decisión (*Jean Teisson vs. Henri Avaugour*) fechada en 1314, que da aplicación a la Ley de Normandía, lugar de conclusión del contrato, como apunta B. ANCEL⁴⁰.

B) Justificación de la solución *Lex loci celebrationis*

32. Para los juristas medievales, la justificación de la regla *lex loci celebrationis* era, en principio, clara. Era una solución basada en la soberanía estatal: los actos celebrados en el territorio de un país se regulan por la Ley de ese país, porque el Estado extiende su Soberanía sobre su territorio. Es la regla *locus regit actum*: los actos que se verifican en el territorio quedan necesariamente sujetos a la Ley de ese país. El Estado ejerce su soberanía sobre su territorio, por lo que todo lo que acontece en su territorio debe quedar sometido, de modo necesario e imperativo, a sus Leyes. Por tanto, todos los contratos celebrados en su territorio deben regirse por su Ley: lo contrario sería un atentado contra la soberanía del Estado. Esta solución (*lex loci celebrationis* o *lex loci contractus*) constituye una aplicación específica de la máxima *locus regit actum*, cuya explicación radica, como se ha indicado, en la soberanía estatal. El gran e inmarcesible jurista BARTHOLO DA SASSOFERRATO (1314-1357) indicó que entre los estatutos personales y los reales existía un tercer tipo, los estatutos “mixtos” o “formales”. Éstos se aplican a todos los sujetos presentes en el territorio pero que no obligan a los súbditos en el extranjero, como indica M. REQUEJO ISIDRO⁴¹. Es la regla *locus regit actum*, que nace, subraya E.M. MEIJERS, como una regla imperativa de Derecho internacional privado según la cual el fondo y la forma de un acto jurídico se deben regir por la Ley del Estado donde el acto tiene lugar. En el caso de los contratos, la Ley del país de su celebración.

Además, como ha recordado J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, en la Baja Edad Media, los tribunales justifican su competencia, en los casos internacionales, en la soberanía del Estado ejercida sobre el territorio del mismo⁴². Por tanto, competencia judicial y ley aplicable a los contratos internacionales se decidían con arreglo al mismo criterio: el lugar de celebración del contrato.

La regla *lex loci celebrationis* se recogió en las Partidas alfonsinas, texto legal fundamental del medioevo español, como se explica *infra*. La regla fue seguida por la jurisprudencia española del Tribunal Supremo español anterior al Código civil de 1889, como se observa, entre otras, en la STS 18 marzo 1875⁴³.

33. La explicación de la regla *lex loci celebrationis* basada en la soberanía del Estado la expone en el siglo XV PAUL DE CASTRE (fallecido en 1441) con un desarrollo importante. Según este autor, el contrato se rige por la Ley del país de su celebración al igual que el estado de las personas se rige por la Ley del país del origen de las mismas: *quia talis contractus dicitur ibi nasci ubi nascitur, et, sicut persona ratione originis ligatur a statutis loci originis, ita et actus*⁴⁴. Sería algo parecido al “estatuto

canonici», *Actes du Congrès de droit canonique*, Paris, 1950, pp. 376-386. *Vid. Summa decretalium* (ed. Laspeyres, Regensburg 1860 y Graz 1956).

³⁹ A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol.I, París, 1888, p. 129; J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, *Derecho internacional privado, parte general (introducción, historia doctrinal y codificación)*, Ed. secc.publ. Fac.Derecho Univ.Complutense, Madrid, 1992, p. 303.

⁴⁰ B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 106.

⁴¹ E. VITTA, *Diritto internazionale privato e processuale*, 3ª ed., Torino, UTET, 1989, pp. 313. M. REQUEJO ISIDRO, *Ley local y forma de los actos en el Derecho internacional Privado español*, Madrid, 1998, pp. 33-38.

⁴² J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol.156, 1977, pp. 233-376, esp. pp. 255-258.

⁴³ STS 18 marzo 1875, *Jurisprudencia Civil*, vol. 31, p. 536: “Considerando que una letra de cambio cuya propiedad se transfiere por el endoso de los que sucesivamente la vayan adquiriendo, comprende dentro de sí, cuando esto se verifica, otros tantos contratos perfectos entre el respectivo endosante y aquél a quien la transmite independientemente del contrato primitivo celebrado entre el librador y el tomador, y que cada uno de esos contratos se rige, no solamente en cuanto a su forma, por las del lugar en que se celebran y redactan...”.

⁴⁴ A. LAINÉ, *Introduction...*, vol.I, 1888, p. 189. También T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1982, pp. 854.

personal del contrato”. La explicación es original e ingeniosa: los contratos son una creación jurídica del Estado en cuyo territorio se celebran. Es la Ley de ese Estado la que “da vida” a los contratos celebrados en el mismo y es, por ello, lógico que los contratos se rijan por la ley del Estado bajo cuya soberanía territorial han sido creados. Así, CINUS DE PISTOIA afirma, en célebre frase, que “el lugar rige el acto”, como recuerda B. ANCEL⁴⁵.

34. Sin embargo, justificar la regla *lex loci celebrationis* para los contratos en el respeto de la soberanía del Estado era un argumento débil. No explicaba bien el por qué de la regla, ya que podía conducir, en ciertos supuestos, a resultados sin sentido que perjudicaran a los contratantes. En efecto, cuando el lugar de celebración era fortuito, las partes se veían sorprendidas por la aplicación de la Ley del lugar de celebración, ley que no habían tenido en cuenta al celebrar su contrato. Por otra parte, los contratos producen efectos sólo entre las partes contratantes, por lo que, en realidad, la soberanía del Estado donde se celebraba el contrato no parecía verse afectada. La razón de ser de la regla *lex loci celebrationis* hay que explicarla con otros fundamentos. A tal fin, surgen nuevas explicaciones.

35. Una primera explicación radica en afirmar que la Ley del país de celebración del contrato se aplica a éste porque es la ley que las partes esperan lógicamente ver aplicada a su contrato. La mayor parte de los canonistas y legistas ya citados y defensores de la *lex loci celebrationis*, -subraya de nuevo K.H. NEUMEYER-, aceptan dicha regla sólo en los casos en los que los contratantes tenían conocimiento de la Ley del país donde el contrato se celebra⁴⁶. Ello es comprensible. En la Baja Edad Media, observan O. KAHN-FREUND y M. VIRGÓS, los contratos “internacionales”, se celebran en ferias, puertos y mercados, por lo que los contratantes conocen fácilmente cuál es el país de celebración del contrato y la Ley de dicho país, de modo que pueden prever fácilmente su aplicación al mismo⁴⁷. Del mismo modo, suelen ser contratos instantáneos: se celebran y se ejecutan en el mismo lugar, en la feria, en el puerto en el mercado, advierte B. ANCEL⁴⁸. La explicación es razonable y sensata. No obstante, dicha explicación sólo funciona, lógicamente, cuando el lugar de celebración del contrato es previamente conocido por los contratantes, esto es, cuando éstos son perfectamente conscientes de que firman un contrato con arreglo a la Ley del país donde se celebra y, en realidad, ambos tienen la voluntad de que su contrato quede sujeto a dicha Ley. Esta explicación es, en verdad, sumamente brillante.

36. Una segunda explicación la proporciona, con gran sagacidad, ROCHUS CURTIUS, jurista nacido en Ticino, consejero en el Senado de Milán, fallecido en 1495, en su obra *Tractatus utriusque juris*: la aplicación de la *lex loci celebrationis* se explica porque las partes “han consentido implícitamente en

⁴⁵ B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 104.

⁴⁶ K. H. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat und Strafrecht bis Bartolus*, vol.II, 1916, pp. 84 y 135 ss.

⁴⁷ O. KAHN-FREUND, «The growth of internationalism in English Private International Law», Jerusalem, Magnes Press, 1960, p. 50; M. VIRGÓS SORIANO, «Obligaciones contractuales», en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS (Dir.), *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, 1995, pp. 144-108, esp. p. 158; M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, *Estudios homenaje Prof.A.Menéndez*, Madrid, 1996, T.IV, pp. 5302-5303, esp. p. 5292. La contratación en ferias y mercados estaba ya bien regulada en Derecho romano y dicha tradición continuó durante toda la Edad Media, como indica C. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, “Algunas consideraciones sobre las ferias y los mercados en Derecho Romano y su recepción en Derecho español”, *Revista jurídica da FA7: periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro*, vol. 13, n. 2, 2016, pp. 139-163.

⁴⁸ B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 104: “*Le commerce des foires s'est considérablement développé à partir du XII siècle au point de constituer un véritable réseau férial par l'interconnexion de ces marchés périodiques et organisés. Ces marchés, par définition, concentrent une forte activité contractuelle et peu à peu génèrent leurs propres usages et règles pour adapter leurs modes de fonctionnement aux exigences économiques: instruments de l'échange, les contrats qui sont conclus dans les foires, les contrats de vente qui prévoient la livraison en foire et les contrats de transport de marchandises à destination d'une foire sont soumis aux juridictions et aux coutumes de la place concernées. L'idée -qui n'est pas encore périmée- est au fond qu'est applicable la loi du marché à toute opération qui se développe ou se «dénoue» sur cette place, laquelle constitue pour ainsi dire l'ordre juridique vers lequel est tournée l'attention des parties. La liaison avec la juridiction s'observe ici encore sans qu'elle passe nécessairement par la localisation du contrat, mais bien plutôt par la fonction économique de celui-ci*”.

la aplicación de dicha Ley⁴⁹. La tesis de ROCHUS CURTIUS se fundaba en la idea, original de BALDO DE UBALDIS, según la cual, cuando un contrato se celebraba en un país, los contratantes se hacían “súbditos voluntarios” (*subditus temporarius*) de dicho país por razón del contrato (*ratione contractus*), explican H. BATIFFOL y G. BALLADORE PALLIERI⁵⁰. A dicha afirmación añade ahora ROCHUS CURTIUS que al haberse hecho súbditos voluntarios de ese país, los contratantes han querido, voluntariamente, que dicho contrato quede sujeto a la Ley de ese Estado. La explicación de ROCHUS CURTIUS, -al parecer, indica E. VITTA, ya sugerida por BARTOLOMEO DA SALICETO, jurista boloñés fallecido en 1411-, es admirable, pues introduce en el razonamiento jurídico el concepto de “voluntad común de los contratantes”. La aplicación de la *lex loci celebrationis* se produce porque, en cierto modo, así lo han querido las partes, apunta G. BALLADORE PALLIERI⁵¹. En esta argumentación se percibe la incidencia de la voluntad de los contratantes, es evidente. Sin embargo, como expresa H. BATIFFOL, en ningún momento la autonomía de la voluntad conflictual aparece en ROCHUS CURTIUS en su forma pura. Esto es: no se admite sin más la posibilidad de los contratantes de elegir la Ley del contrato, sino que la voluntad de los contratantes se utiliza para explicar la razón de ser de la *lex loci celebrationis*⁵². Sin perjuicio de ello, la semilla ha sido sembrada y aunque tardará siglos en florecer, cuando lo haga, lo hará con una fuerza extraordinaria⁵³.

37. Estas dos explicaciones alternativas de la regla *lex loci celebrationis* producen una consecuencia práctica de gran importancia. Como subraya M. VIRGÓS SORIANO, al justificar la regla *lex loci celebrationis* en la previsibilidad de la ley aplicable por las partes, la regla pierde rigidez e imperatividad. Así, la práctica judicial y la doctrina especializada comienzan a admitir excepciones a la regla *lex loci celebrationis*, especialmente cuando los contratantes no han podido prever que la ley aplicable a su contrato es la ley del país de celebración, lo que sucede, normalmente, cuando el lugar de celebración es casual, fortuito o anecdótico⁵⁴. Los juristas, pues, comienzan a aceptar que los contratos internacionales no siempre y en todo caso deben quedar sujetos a la Ley del país de su celebración.

C) Impacto y difusión de la *lex loci celebrationis*

38. La solución “lugar de celebración del contrato” (*Lex Loci Celebrationis / Lex Loci Contractus*) se emplea desde el siglo XIV hasta el siglo XIX para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales en muchos países europeos y en los Estados Unidos de América. Así, se utiliza en Inglaterra hasta 1865 y sobre todo en ciertos *States* de los Estados Unidos de América por influjo de la teoría de los derechos adquiridos (*Vested Rights*), teoría de raíz holandesa y que fue desarrollada por U. HUBER⁵⁵. Así, todavía hoy, en pleno siglo XXI, el criterio *lex loci contractus* se mantiene en Alabama, Georgia, Maryland, Kansas, New Mexico, North Carolina, Oklahoma, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Tennessee y Virginia bien como regla única o bien como una de las reglas para fijar la ley aplicable a

⁴⁹ A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol.I, París, 1888, p. 205; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, vol.I, 8ª ed., París, LGDJ, 1993, p. 259.

⁵⁰ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, París, 1938, pp. 12-19; H. BATIFFOL, «Observations sur les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative», *De conflictu Legum. Mélanges offerts à R.D.Kollewijn / J.Offerhaus*, Leyden, Sijthoff, 1962, pp. 5-24; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en “Trattato di diritto civile e commerciale”, Giuffrè, Milano, 1974, p. 292, confirma este punto de vista y añade que la expresión es originaria del gran HUGO GROCIO.

⁵¹ G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en «Trattato di diritto civile e commerciale», Giuffrè, Milano, 1974, p. 292.

⁵² H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, París, 1938, pp. 19-23.

⁵³ M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado*, parte especial, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 295-376, esp. pp. 303-308.

⁵⁴ M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado*, parte especial, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 295-376, esp. pp. 303-308.

⁵⁵ J.D. MC.CLEAN: *Morris: The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 4ª ed., London, 1994, p. 253; O. LANDO, «The Conflicts of Laws of Contracts. General Principles», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1984, vol.189, 1984, pp. 225-448, esp. p. 243.

los contratos internacionales⁵⁶. Incluso en el *State* de Nueva York se mantuvo hasta 1954 como la regla principal⁵⁷. En Florida se sigue también el criterio *lex loci contractus* como regla general, aunque en este caso es más que posible que ello sea consecuencia más que de la influencia de las teorías holandesas de los derechos adquiridos, del impacto durante más de trescientos años, de las Partidas españolas de Alfonso X el Sabio. Las Partidas acogieron, como se verá seguidamente, el criterio *lex loci celebrationis / lex loci contractus*. En pleno siglo XIX, autores como T. ASSER, A. WEISS, F. LAURENT y otros todavía defendían la conexión “lugar de celebración” para los contratos internacionales⁵⁸.

D) Las Partidas de Alfonso X el Sabio. Jacobo de las Leyes y la *Lex Loci Celebrationis*

39. El primer texto legal positivo de Derecho internacional privado con el que cuenta el mundo es un texto jurídico español. Se trata de las Partidas de Alfonso X el Sabio (circa 1340). Para explorar el origen de estas reglas de Derecho internacional privado presentes en un texto jurídico castellano es preciso realizar un breve *excursus* histórico⁵⁹.

40. En Murcia tuvo lugar la elaboración de la mayoría de las Partidas que constituyen las *Siete Partidas*. Las Partidas alfonsinas son una obra legislativa inmensa. El Rey sabio constituyó una comisión de avezados y prominentes juristas. En tal comisión se integró, entre otros muchos expertos en Derecho, el Maestro JACOBO, llamado “el de las leyes”. Muchos de estos juristas habían estudiado en Italia el Derecho Romano que había sido descubierto en Bolonia sobre el año 1000. En efecto, en la Universidad de Bolonia se enseñaba, fundamentalmente, el *Corpus Iuris Civilis* romano que se había hallado en dicha ciudad. Pues bien, como indica J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el jurista JACOBO DE LAS LEYES “era italiano, aunque se duda de qué concreto lugar y aparece citado con diversos nombres, como Giacomo di Giunta o similares. Está documentado que Jacobo había estudiado en la Universidad de Bolonia y allí, por las fechas en las que vivió, pudo perfectamente ser alumno de Azzo así como del gran e inmarcesible FRANCESCO DI ACCURSIO, el creador de las primeras normas de conflicto de leyes. Pues bien, Jacobo trajo a España sus conocimientos sobre el Derecho Romano que se estudiaba y enseñaba en Bolonia. También trajo desde Italia a España las primeras normas de conflicto de Leyes, reglas para determinar la Ley aplicable a los hechos y actos jurídicos conectados con más de un Estado. Las normas que había aprendido de ACCURSIO en la Universidad de Bolonia. En efecto, la famosísima glosa de ACCURSIO (= “*Quod si Bononiensis Mutinae conveniatur non debet iudicari secundum statuta Mutinae quibus non subest, cum dicat: quos nostrae clementiae regit imperium*”) es la madre de todas las normas de conflicto, es el germen, la raíz, el origen, es la idea matriz, es la antorcha que arroja la luz que ilumina la oscuridad”.

41. Parece claro que JACOBO DE LAS LEYES introdujo las primeras normas de conflicto de leyes de la historia del Derecho español en las Partidas gracias a su conocimiento de la Glosa de ACCURSIO (circa

⁵⁶ Vid. *Choice of Law Standards Re: Insurance Coverage*, septiembre 2016, texto en: https://www.tresslerllp.com/docs/default-source/Publication-Documents/50_state_choice_of_law_standards_re_insurance_coverage.pdf?sfvrsn=0.

⁵⁷ J.D. MC.CLEAN: *Morris: The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 4ª ed., London, 1994, p. 253.

⁵⁸ F. 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, esp. p. 35; Id., “The concept of the Characteristic Performance Reviewed”, *E pluribus Unum / Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520, esp. p. 501.

⁵⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Las primeras normas de conflicto escritas de la Historia. Bolonia, Murcia y Jacobo de las Leyes”, *Accursio DIP Blog*, 9 abril 2015, <http://accursio.com/blog/?p=120>. El texto de las Siete Partidas (texto íntegro) se puede consultar en = https://archive.org/stream/lassietepartidas01castuoft/lassietepartidas01castuoft_djvu.txt. Una versión posterior, más elaborada, se encuentra en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, „Las primeras normas de conflicto escritas de la Historia. Bolonia, Murcia y Jacobo de las Leyes“, en *Reflexiones creativas, heterodoxas, críticas y divertidas sobre cuestiones de Derecho internacional privado*, Ed. Derecho y Letras - Rapid Centro Color, Murcia, 2022, pp. 1-4. Vid. también A. PÉREZ MARTÍN, “Jacobo de las leyes: Ureña tenía razón”, *Anales de Derecho*, nº 26, 2008, pp. 251-273 (texto en <http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/113171/107241>).

1228) y de las aportaciones de otros glosadores italianos. Es así que las Partidas alfonsinas, indica F.K. JUENGER, contienen las primeras normas de conflicto de leyes con rango legal de todo el mundo y puede afirmarse que tales normas de conflicto fueron elaboradas en la ciudad de Murcia por JACOBO DE LAS LEYES⁶⁰. Las partidas eran fuertemente territorialistas y legefóristas, de modo que los jueces del Rey aplican sólo el Derecho de su rey. Es un rasgo del feudalismo, muy presente todavía en España en el siglo XIII. Así puede verse en la Partida Primera, título I, ley XV⁶¹. Ahora bien, había ciertas y muy llamativas excepciones. Algunas normas de conflicto de leyes permitían aplicar leyes de otros lugares. Así, la ley que regía el régimen de bienes matrimoniales era la ley del lugar de celebración del matrimonio (Partida IV, título XI, Ley 24: “*costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento*”) y la Ley aplicable a los contratos era la Ley del país donde éstos habían sido celebrados (*Lex loci celebrationis*) (Partida Tercera, Ley 15, Tít. 14 : “... fueras ende en contienas que fuessen entre omes de aquella tierra, sobre pleyto, o postura que ouiesse fecho en ella, o en razón de alguna cosa mueble, o raiz de aquel logar... Ca estonce, maguer estos estraños contendiessten sobre aquellas antel Juez de nuestro senorio, bien pueden recibir la prueua, o la ley, o el fuero de aquella tierra, que alegaren antel, e deuese por ella auerigar, e delibrar el pleyto”⁶²). Podría decirse que las Partidas eran, en general, territorialistas y feudales por parte del Derecho castellano pero, al mismo tiempo, eran estatutarias e italianas en lo que se refiere a ciertas normas de conflicto importadas desde Bolonia y que se presentaban abiertas a la aplicación de un Derecho que no era el castellano.

2. El declive del criterio “lugar de celebración del contrato”

42. El criterio de la Ley del país de celebración del contrato funcionaba bien cuando los contratos internacionales se celebraban en lugares físicos perfectamente identificados a los que los contratantes acudían, precisamente, a concluir contratos y transacciones varias. En tales casos, el criterio conducía a una Ley de previsible aplicación para todos los implicados en el contrato, como apunta M. VIRGÓS SORIANO⁶³. Es decir, en aquellos tiempos, la solución era eficiente para los contratantes desde un punto de vista conflictual. Todos los comerciantes que acudían a una feria, puerto o mercado, podían perfectamente prever que la Ley del país donde estaba sita la feria, el puerto o el mercado era aplicable al contrato. Los contratos de larga duración no existían ni tampoco los contratos celebrados a distancia.

43. Sin embargo, en un mundo cada vez más internacionalizado, el lugar de celebración del contrato no es ya un buen punto de conexión, no es un modelo poderoso de *rational choice* para determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales. Ello se produce por varias razones.

⁶⁰ F.K. JUENGER, “A Page of History”, *Mercer Law Review*, n. 35, 1984, pp. 419-460; F.K. JUENGER, “Balance y perspectiva de la década en Estados Unidos”, en Principios, objetivos y métodos del Derecho internacional privado Balance y perspectivas de una década. IV jornadas Derecho internacional privado, Madrid, CESSJ R.Carande, 1995, pp. 35-58. Las aportaciones de JACOBO DE LAS LEYES en el campo contractual fueron numerosas, como subrayan C. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ / M.J. AZAUSTRE FERNÁNDEZ, “Ejecución de sentencias en Jacobo de las Leyes y Partidas alfonsinas. Fundamentos romanistas”, (de próxima publicación), 2021.

⁶¹ Código de las Siete Partidas, Partida Primera, título I, ley XV: “*Como deben obedescer las leyes, y juzgarse por ellas: Todos aquellos que son del señorío del facedor de las leyes, sobre que las el pone, son tenudos e las obedescer e guardar e juzgarse por ellas, e no por escrito de otra ley fecha en ninguna manera. E el que la ley fase, es tenuto de la facer complir: E eso mismo decimos de los otros que fueren de otro señorío, que ficiesen el pleyto, o postura, o yerro en la tierra do se juzgase por las leyes; ca maguer sean de otro lugar non pueden ser escusados de estar á mandamiento dellas, pues que el yerro ficiesen, onde ellas han poder: é aunque sean de otro señorío, non pueden ser escusados de se juzgar por las leyes de aquel señorío, en cuya tierra oviesen fecho alguna destas cosas. E si por ventura ellos fuesen rebeldes que no lo quisiesen facer de su voluntad, los jueces é las justicias los deben costreñir por premia que lo fagan, así como las leyes de este nuestro libro mandan. Otrosí decimos que está bien al facedor de las leyes en querer vevir segund las leyes, como quier que por premia no sea tenuto de lo facer*”.

⁶² Texto extraído de M. AGUILAR NAVARRO (dir.), *Textos y materiales de Derecho internacional privado*, vol.I (textos y documentos), Fac. Derecho, Madrid, 1970, p. 20.

⁶³ 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; ID., “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, *Estudios Menéndez*, Madrid, 1996, IV, pp. 5289-5309.

En primer lugar, el lugar de celebración del contrato puede ser meramente casual o fortuito y así lo puso de relieve F.K. VON SAVIGNY⁶⁴. El criterio del lugar de celebración del contrato puede, en tales casos, conducir a la aplicación de un Derecho que resulta inesperado para los contratantes. Ello les comporta costes elevados de información jurídica. La transacción, entonces, se hace costosa. El criterio del lugar de celebración del contrato penaliza el intercambio, lo entorpece e incluso, en ocasiones, lo impide.

En segundo término, es frecuente que el contrato se celebre por correspondencia o medios similares o con intermediación bancaria, circunstancias que dificultan la precisión del lugar donde el contrato se ha celebrado. El criterio se vuelve inseguro y complejo, porque para saber dónde se ha celebrado el contrato es preciso desarrollar una auténtica “gimnasia mental”, indica O. KAHN-FREUND⁶⁵.

En tercer lugar, en todo caso, el lugar de celebración es un elemento externo a la estructura del contrato (= no tiene nada que ver con el intercambio de bienes económicos). Ello significa que los contratantes conceden mayor importancia al lugar de ejecución de las obligaciones o al lugar de su sede comercial que al lugar de la celebración de contrato.

En cuarto lugar, el lugar de celebración puede ser buscado de modo fraudulento por las partes para hacer válido un contrato que, en otras circunstancias, hubiera sido nulo, como han demostrado J.D. MC.CLEAN / MORRIS⁶⁶.

En quinto término, el lugar de celebración del contrato no existe hasta que el contrato se ha celebrado. Por ello, cuando se discute si existe contrato o no existe, no se puede acudir la Ley del lugar donde el contrato se ha celebrado porque no se sabe si se ha celebrado o no dicho contrato. El criterio del lugar de celebración del contrato se transforma en un círculo intelectual sin principio ni fin, en una trampa mental. El Derecho internacional privado necesita criterios estables, sencillos y transparentes para precisar la Ley aplicable a los contratos internacionales, de modo que los contratantes puedan saber, *ex ante*, cuál es la ley que se aplica a sus obligaciones jurídicas derivadas del contrato. La regla del lugar de celebración del contrato comienza a volverse problemática y poco operativa.

44. Por las cinco razones anteriores, el punto de conexión “lugar de celebración del contrato” pierde valor como conexión para indicar la Ley reguladora de los contratos internacionales: conduce a Leyes imprevisibles por los contratantes y a veces es muy complicado fijar cuál es el lugar de celebración del contrato. Por estos motivos, el punto de conexión “lugar de celebración del contrato” pierde, lentamente, su valor localizador. Su utilidad como conexión se reduce porque conduce a una Ley con arreglo a la cual el cumplimiento de las obligaciones es innecesariamente costoso y la resolución de los litigios es innecesariamente costosa. La doctrina se lanza entonces a la búsqueda de criterios alternativos. La erosión de la regla *lex loci celebrationis* no se produce de la noche a la mañana, sino que constituye un proceso muy complejo y muy extendido en el tiempo.

V. Ley aplicable a los contratos internacionales en la Edad moderna y contemporánea

1. El lugar de ejecución de las obligaciones contractuales

A) La tesis escisionista de Bartholo de Sassoferrato

45. El primer jurista en cuestionar la aplicación exclusiva a los contratos internacionales de la *lex loci celebrationis* fue el gran BARTHOLO DA SASSOFERRATO, insigne comentarista del Derecho romano, al que se atribuye la creación de la famosa “teoría de los estatutos. Muchos juristas posteriores lo consideraron el primer gran creador de un sistema de Derecho internacional privado, si bien otros lo

⁶⁴ F.C. VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, traducido del alemán por M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Messía y Manuel Poley, Madrid, 1879, vol.VIII, edición facsimil de Ed. Comares, Granada, 2005, pp. 1417-1419.

⁶⁵ O. KAHN-FREUND, “The growth of internationalism in English Private International Law”, Jerusalem, Magnes Press, 1960, pp. 332-333, cuyas ideas son muy bien analizadas por T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1982, pp. 854.

⁶⁶ D. McCLEAN & K. BEEVERS, *Morris, The Conflict Of Laws*, 6th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, p. 253.

estimaron como un mero compilador o sistematizador de soluciones ya existentes. Nacido en 1313, se formó en el *Studium* de Perugia y fue discípulo de CINUS DE PISTOIA. Posteriormente marcha a Bolonia, donde estudia con IACOPO BUTRIGARIO, gran glosador del Digesto, y se convierte en profesor en el *alma mater bononiensis*. El ilustre maestro italiano entiende que en relación con la sustancia de los contratos (*ipsius litis decisio*), hay que distinguir, como muestra B. ANCEL⁶⁷.

En primer lugar, por un lado, la “formación y efectos naturales del contrato” (*quae oriuntur secundum ipsius contractus naturam tempore contractus*), son cuestiones que deben quedar sometida a la Ley del país de celebración del contrato (*lex loci celebrationis*). para ello, BARTHOLO se basa en la citada Ley *Si Fundus* del Digesto.

En segundo lugar, por otra parte, las “consecuencias irregulares del contrato” (*quae oriuntur ex postfacto propter negligentiam aut moram*), como las que derivan de la inejecución del mismo, la mora o la prescripción, deben quedar sujetas a la Ley del país de ejecución del contrato (*lex loci executionis*), y si éste no puede determinarse, por la Ley del país al que pertenece el juez que conoce del asunto (*lex fori*)⁶⁸. Esta entrada en escena del “lugar de ejecución del contrato” como criterio para hallar la Ley aplicable responde a la idea de que dicho lugar nunca es casual, caprichoso, accidental o fortuito. Es un lugar que conduce a una Ley perfectamente previsible por las partes, pues, además, dicho lugar suele establecerse por los mismos contratantes en su contrato.

46. La distinción entre “efectos inmediatos del contrato” y “consecuencias del contrato”, y la nueva solución de Derecho internacional privado para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales forjada por BARTHOLO DA SASSOFERRATO, es acogida también por BARTOLOMEO DA SALICETO, jurista boloñés (1363-1412)⁶⁹. Del mismo modo se pronunció BURGUNDUS, como recuerda O. LANDO⁷⁰.

47. Otro autor que sigue fielmente la distinción de BARTHOLO DA SASSOFERRATO es el francés LOUIS BOULLENOIS, ya en el siglo XVIII, en su obra, fechada en 1727, titulada *Démisions de Biens*. No obstante, en 1766 da un paso más audaz en su obra *Traité de la personnalité et de la réalité des loix*, en la que toma en cuenta la postura del holandés N. BURGUNDUS: la Ley del país de celebración del contrato rige sólo y exclusivamente las condiciones de validez de los contratos, mientras que todos los efectos de los contratos están regidos por la Ley del país de ejecución⁷¹. La aplicación de la *lex loci celebrationis* a las condiciones de validez del contrato la encuentra LOUIS BOULLENOIS en la idea de que dicha Ley ha sido implícitamente elegida por los contratantes, siempre que el lugar de celebración no fuera fortuito. La idea no es original de L. BOULLENOIS: como se ha dicho, fue elaborada primeramente por ROCHUS CURTIUS y profundizada después, como se verá, por CH. DU MOULIN.

48. La importancia dada por BARTHOLO DA SASSOFERRATO al lugar de ejecución tuvo gran influencia en construcciones posteriores y perduró durante muchos años. En efecto, se trata de una tesis nacida en el siglo XIV que llega hasta el siglo XIX como visión dominante para determinar la Ley aplicable a

⁶⁷ B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017, pp. 149-150.

⁶⁸ H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé I*, Paris, LGDJ, 1993, p. 374. Según E.M. MEIJERS, la famosa distinción de BARTHOLO DE SASSOFERRATO se encuentra ya en GUILLAUME DE CUN, que fue profesor en Toulouse en el siglo XIV. *Vid.* E.M. MEIJERS, «L'histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l'Europe occidentale», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1934, vol.49, pp. 543-686, esp. p. 601; J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, *Derecho internacional privado, parte general (introducción, historia doctrinal y codificación)*, Ed. secc.publ. Fac.Derecho Univ.Complutense, Madrid, 1992, pp. 305-306; A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, (dos vols.), Paris, 1888, esp. pp. 135-137; O. LANDO, «The Conflicts of Laws of Contracts. General Principles», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1984, vol.189, 1984, pp. 225-448, esp. p. 241.

⁶⁹ A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol. I, pp. 178-181; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.I, 8ª ed., LGDJ, Paris, 1993, p. 259. J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, *Derecho internacional privado, parte general (introducción, historia doctrinal y codificación)*, Ed. secc.publ. Fac. Derecho Univ.Complutense, Madrid, 1992, pp. 305-306.

⁷⁰ O. LANDO, «The Conflicts of Laws of Contracts. General Principles», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1984, vol.189, 1984, pp. 225-448, esp. p. 241.

⁷¹ L. BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des loix*, Paris, 1766, tomo II, p. 451.

los contratos internacionales. No faltan hoy autores que siguen estimando, con buenas dosis de razón, que el “valor conflictual” del lugar de ejecución supera con mucho al lugar de la residencia del prestador característico, como han destacado P. MAYER / V. HEUZÉ⁷².

B) El “sistema de los dos derechos” de F.K von Savigny

49. El incomparable jurista prusiano F.K. VON SAVIGNY entendió, ya en el siglo XIX, que el lugar de ejecución era la “sede natural” de las obligaciones, y que nunca sería un lugar fortuito o ajeno a la dinámica del contrato. En consecuencia, defendió el punto de conexión del lugar de ejecución (*lex loci executionis*: “*Erfüllungsort*”) como el criterio perfecto para determinar la Ley reguladora de los contratos internacionales, explica T. BALLARINO⁷³. Estimaba F.K. VON SAVIGNY que el lugar de ejecución era determinado por los contratantes en su contrato, por lo que reflejaba, en cierto sentido, su voluntad⁷⁴. La doctrina de F.K. VON SAVIGNY influyó en la jurisprudencia de varios países, como Suiza y Alemania. Cuando el lugar de cumplimiento no era único y cada parte debía cumplir sus obligaciones en su país F.K. VON SAVIGNY, a partir de presupuestos tomados del Derecho romano clásico, entendía que la obligación era un vínculo invisible entre dos partes, de modo que para una de ellas (= el acreedor) era una extensión de su libertad, mientras que para la otra (= el deudor), era una restricción a su libertad. Las obligaciones existen para ser cumplidas, de modo que las partes focalizan su atención en la ejecución de las obligaciones y en el lugar en el que éstas deben ser cumplidas (= *locus executionis*). Si el contrato contiene diversas obligaciones y cada una de ellas se debe ejecutar en un país distinto, entonces F.K. VON SAVIGNY recurre, de nuevo, al Derecho Romano y subraya que en dicho venerable ordenamiento jurídico, era frecuente que el contrato se formara por el concurso de varias estipulaciones diferentes. De ahí deduce que son las “obligaciones” y no los “contratos” las relaciones jurídicas cuya “sede espacial” debe localizar la norma de conflicto. En Derecho Romano clásico, en efecto, el concepto de “contrato” es difuso y no aparece bien construido. De hecho, el concepto de “contrato” es tardío y el Derecho Romano conoce también otros conceptos, como “pacto” y “convención” (= acuerdos que no surten vinculación jurídica), más difundidos que el concepto de “contrato”. Lo importante son, en Derecho Romano, las obligaciones que derivan de las *stipulationes* pronunciadas por una persona frente a otra persona, respecto de la que se obliga. Por ello, según F.K. VON SAVIGNY, es posible y “natural”, que cada obligación se localice en su propio país de ejecución, y que se produzca, en su caso, una división legal (*splitting*) del contrato en obligaciones regidas por Leyes diferentes según el país en cuyo territorio deben ser ejecutadas. En desarrollo de este planteamiento, describen T. BALLARINO / A. BONOMI, cuando

⁷² P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8ª ed., 2004, p. 534: «*la raison mise en avant pour le choix de cette présomption est qu'elle constitue le centre de gravité et la fonction socio-économique du contrat. Cette considération serait convaincante si l'on avait retenu le lieu d'exécution de la prestation caractéristique. Mais cette solution a été écartée en raison des possibles difficultés d'identification de ce lieu. Le critère de la résidence, qui lui est substitué, est incontestablement moins révélateur du centre de gravité de l'opération*».

⁷³ T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1982, pp. 849-859.

⁷⁴ F.C. VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, traducido del alemán por M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Messía y Manuel Poley, Madrid, 1879, vol. VIII, edición facsimilar de Ed. Comares, Granada, 2005, pp. 1417-1419: «*toda obligación, en efecto, resulta de hechos visibles, toda obligación se cumple por hechos exteriores, unos y otros se verifican necesariamente en un lugar. Así pues, para determinar el asiento de la obligación y la jurisdicción especial llamada a conocer de ella tenemos que elegir entre el lugar en que la obligación nace y el lugar en que se cumple, entre su principio y su fin. (...) No será en modo alguno al primero que es en sí un hecho accidental, fugitivo, extraño tanto a la esencia de la obligación como a su desenvolvimiento ya su eficacia ulterior (...) No sucede lo mismo con el cumplimiento, que se refiere a la esencia de la obligación. En efecto, consiste ésta en hacer cierta y necesaria una cosa antes incierta y sometida al libre arbitrio individual. Ahora bien, lo que llega a ser necesario y cierto es precisamente el cumplimiento de la obligación (...) por tanto es esencial para la obligación que el lugar del cumplimiento se considere como asiento de la misma y que en este lugar se coloque la jurisdicción especial de ella en virtud de la sumisión libre (...). El lugar del cumplimiento está siempre determinado por la voluntad directa de las partes, voluntad que puede ser expresa o tácita (...) la voluntad, la esperanza y la sumisión libre de las partes se refieren en realidad al asiento permanente de esta gestión (...)*». Vid. J. DOLINGER, “Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 2000, vol. 283, pp. 187-512, esp. p. 370. También de modo muy perspicaz, T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Cedam, 1999, p. 583.

el lugar de cumplimiento no era único y cada parte debía cumplir sus obligaciones en su país, entonces la jurisprudencia alemana apostó por el famoso “sistema de los dos derechos” (“*zwei Rechte System*”), en virtud del cual, a falta de designación expresa o hipotética de las partes relativa al lugar de cumplimiento de las obligaciones, éstas quedaban sujetas al lugar de su respectivo cumplimiento (“*Erfüllungsort*”)⁷⁵. Si cada parte debía cumplir en el país de su sede, entonces las obligaciones de cada parte quedaban regidas por ordenamientos jurídicos diferentes. El sistema, defendido por F.K. VON SAVIGNY sobre la base de su conformidad con el Derecho romano, fue acogido también en Suiza, como se verá más adelante (“sistema de las *coupures*”). Tras el planteamiento de F.K. VON SAVIGNY, posteriormente defendido por autores como VON BAR, late la idea de la aplicación conjunta de las leyes nacionales de los contratantes sobre la base de las expectativas de éstos en adecuar sus comportamientos a “su” ley, conocida, *a priori*, por cada uno. Y aún más atrás puede detectarse un rastro del Derecho romano, con arreglo al cual los acuerdos son el producto de “estipulaciones” distintas, una por cada contratante, y que cada contratante emitía su estipulación con arreglo a su propia Ley.

50. A partir de la segunda mitad del siglo XIX, los tribunales germanos adoptan el criterio señalado en los contratos bilaterales, “los dos Derechos”. Posteriormente, la jurisprudencia alemana comprende que el sistema presenta fallos. En efecto, aplicar dos Derechos estatales distintos a las obligaciones derivadas del mismo contrato, especialmente si se trata de obligaciones sinalagmáticas, puede conducir a fuertes incongruencias. Podría suceder, por ejemplo, que con arreglo al Derecho del lugar donde el comprador debe pagar el precio, el contrato sea nulo, y por tanto el pago no deba realizarse, mientras que con arreglo al Derecho del lugar donde el vendedor debe entregar la mercancía, el contrato sea válido y la mercancía deba, efectivamente, entregarse a un comprador que no está obligado a pagar nada por ella. Por ello, los tribunales teutones apuestan por volver a la unidad: debe aplicarse al contrato la Ley del lugar de ejecución de la prestación del deudor, que solía ser la Ley del país donde tenía domicilio dicho deudor. Dicha coincidencia se producía por el juego de las reglas del derecho sustancial y procesal alemán, ya que, de acuerdo con éstas, el deudor, como regla general, debía realizar su prestación en el lugar de su residencia. Los mismos criterios eran utilizados, con idénticos resultados, en los países escandinavos, especialmente en Suecia.

C) La tesis de las *coupures* del contrato de la jurisprudencia suiza

51. La jurisprudencia suiza, a partir de las tesis de BARHOLO DA SASSOFERRATO, de la posición de F.K. VON SAVIGNY y de la jurisprudencia alemana, adoptó su famosa teoría de las *coupures* del contrato. El Tribunal Federal de Lausanne acoge una “*grande coupure*” (“gran separación”) en cuya virtud las partes eligen la Ley reguladora de los “efectos del contrato”, mientras que la validez y formación del contrato es sometida necesariamente a la ley del *lex loci celebrationis*, ley del lugar de celebración del contrato. Éste es el primer fraccionamiento del contrato (*grande coupure*).

Al anterior se añade posteriormente una “*pequeña coupure*” (pequeña separación): las obligaciones que nacen del contrato, en el caso de que hayan de ser ejecutadas en Estados diferentes, se deben sujetar a las leyes de los lugares de ejecución de las mismas, como explica la doctrina⁷⁶.

A partir de 1952 (caso *Chevalley v. Genimportex S.A.*) el Tribunal Federal Suizo citado cambia su actitud. Con esta sentencia finaliza la “*pequeña coupure*” de modo que los efectos del contrato pasan a quedar regidos por la *lex contractus*. Tras la sentencia de 12 febrero 1952 del Tribunal Federal Suizo, la *grande coupure* sufre un severo correctivo, pues la conclusión y los efectos del contrato serán regidos por la misma ley. El abandono de esta “gran escisión” estuvo motivado por los problemas calificadorios

⁷⁵ T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1982, pp. 849-859.

⁷⁶ Vid. A.F. SCHNITZER, «Les contrats internationaux en droit international privé suisse», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1968, vol.123, pp. 541-636, esp. pp. 547-549; Id., *Handbuch des internationalen Privatrech*, Basilea, 1944, pp. 515-520; G. CAVALLERA, «La convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali ed il sistema italiano di diritto internazionale privato», *Foro Padano*, 1985, II, pp. 253-254; A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi des contrats en droit international privé*, París, 1972, pp. 494-500.

que conllevaba la regla. En efecto, no era sencillo distinguir entre cuestiones atinentes a la formación del contrato y efectos del mismo⁷⁷. La jurisprudencia suiza vuelve a la unidad de la Ley de contrato: un contrato, una Ley aplicable.

D) Territorialidad y jurisprudencia norteamericana

52. En los Estados Unidos de América, diversos States siguieron la tesis de la escisión del contrato creada por BARTHOLO DA SASSOFERRATO. En el caso *Scuder v. Union National Bank of Chicago* (Justice Hunt, 1875), se declara que las materias relacionadas con la interpretación y validez del contrato (= “creación” de las obligaciones) son reguladas por la *lex loci celebrationis*, mientras que las atinentes a la realización de las prestaciones (= “efectos de contrato”) se sujetan a la *lex loci executionis*. Tal planteamiento influyó en el posterior *Restatement* de 1934. La explicación a esta tendencia en los Estados Unidos radica en la poderosa influencia de la doctrina holandesa en la práctica jurídica norteamericana. La doctrina holandesa repercutió en el Reino Unido y posteriormente cruzó el océano atlántico con destino a los Estados Unidos. Los holandeses, con ULRİK HUBER a la cabeza, eran profundamente territorialistas. Pensaban que la soberanía de un Estado debía cubrir, controlar y regular todo lo que acontecía en el territorio del Estado. Como explica inmejorablemente E.G. LORENZEN, resulta que U. HUBER, por influjo de CH. DU MOULIN, sostenía que el contrato se debe regir por la Ley elegida expresa o implícitamente por las partes, pero sólo como punto de partida. A la hora de la verdad, estimaba U. HUBER que si el contrato se celebraba en un país, la ley de ese país era aplicable a la formación del contrato y si se ejecutaba en otro, la ejecución de las obligaciones contractuales debía regirse por la Ley del país de ejecución⁷⁸.

2. El declive del criterio “lugar de celebración del contrato”

53. No obstante, la solución *lex loci executionis* presentaba numerosos problemas. En primer lugar, la mayor parte de los contratos son sinalagmáticos y si deben ejecutarse en países diferentes, existirán distintos lugares de ejecución. La pluralidad de lugares de ejecución impide hallar una Ley única rectora del contrato: cada obligación se rige por la Ley del país de su ejecución, lo que no es una solución satisfactoria. De hecho, aunque fue la solución acogida en el siglo XIX en Alemania, la jurisprudencia de dicho país, como se ha visto, cada vez se mostraba más reacia al criterio porque el contrato puede quedar sujeto a un régimen jurídico incoherente.

54. En segundo lugar, además, en ocasiones, el lugar de ejecución puede ser meramente coyuntural, casual, anecdótico, fortuito, como ocurre con las entregas de mercancías en países que no son ni el país de la sede del vendedor ni el país de la sede del comprador o con el pago del precio en bancos especializados en el comercio exterior situados en países que nada tienen que ver con el contrato en cuestión, según ponen de relieve D. HOLLEAUX / J. FOYER / G. DE GEOUFFRÉ DE LAPRADELLE⁷⁹.

⁷⁷ P.M. PATOCCHI, «Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel», en *Études suisses de droit (International schweizer studien zum internationalen recht)* (publiées par la société suisse de droit international), vol. 42. Genève, 1985, pp. 56-59 (en relación con la incidencia de la *lex loci executionis*) y p. 99-101 (en relación con la teoría suiza de las *coupures*).

⁷⁸ E.G. LORENZEN, “Huber’s De Conflictu Legum”, *Yale Law Review*, 1919, pp. 199-242, esp. p. 208: “The principle that the will of the parties, expressed or implied, was the controlling consideration was accepted also by the Dutch writers. In conformity with this view a contract might have extraterritorial operation and affect immovable property in another state. Mandatory provisions of the situs would, of course, prevail. Nor could effect be given to the expressed or implied intention of the parties if it ran counter to prohibitory statutes of the forum or its laws establishing a public policy. Huber appears to accept these views. He holds, however, relying on the Roman maxim “*contraxisse unusquisque in eo loco intellegitur, in quo ut solveret, se obligavit*” that where the place of performance differs from the law of the place where the contract was entered into, the parties will be deemed to have contracted with reference to the law of the place of performance”.

⁷⁹ D. HOLLEAUX / J. FOYER / G. DE GEOUFFRÉ DE LAPRADELLE, *Droit international privé*, París, Masson, 1987, pp. 592-600.

55. En tercer lugar, el lugar de ejecución puede no venir determinado por las partes en su contrato, con lo que se necesita precisar el Derecho que debe concretar dónde se ubica el lugar de ejecución de las obligaciones. El proceso se vuelve muy complicado, pues resulta circular⁸⁰. El punto de conexión “lugar de ejecución” en estos casos se vuelve costoso: no ofrece una solución clara, directa y operativa.

56. En cuarto término, explican J.D. McCLEAN & K. BEEVERS, el criterio no opera correctamente cuando los contratantes fijan lugares de cumplimiento opcionales, lo que es frecuente en las transacciones internacionales ni con los contratos que contienen prestaciones de no hacer⁸¹.

57. En quinto lugar, la distinción que realizase BARTHOLO DA SASSOFERRATO entre “efectos naturales del contrato” y “consecuencias del contrato” no es clara y nunca lo fue. Sus discípulos eran conscientes de ello y si no abandonaron la famosa distinción de BARTHOLO DA SASSOFERRATO fue para no contrariar al maestro. Bien hecho, los maestros deben ser siempre respetados, pero se pagó un alto precio por ello: se mantuvo durante muchos años el criterio “lugar de ejecución” aunque era claro, casi desde el principio, que no era el mejor punto de conexión posible para determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales.

58. Por las razones anteriores, puede afirmarse que el criterio *lex loci executionis* puede comportar que, con frecuencia, las partes no puedan prever con facilidad cuál es la Ley aplicable a su contrato. El criterio se vuelve inseguro, inestable y no proporciona seguridad a las partes sobre cuál es la Ley aplicable a su contrato. Se vuelve un criterio técnicamente ineficiente. Otras propuestas surgen.

2. La autonomía de la voluntad conflictual. De Charles DuMoulin hasta el siglo XXI

A) La elección de la ley aplicable al contrato por las partes: el criterio principal

59. A la hora de fijar la ley aplicable a los contratos internacionales, como se ha visto, desde el siglo XIII al siglo XIX prevaleció el criterio “lugar de celebración del contrato”. Ya desde el mismo siglo XIV comenzó a darse entrada al criterio “lugar de ejecución de las obligaciones”, de modo que en el siglo XIX era el criterio mayoritario seguido por la jurisprudencia inglesa, norteamericana, holandesa, suiza y alemana. Sin embargo, como se ha visto, pronto este criterio también presentó carencias y suscitó críticas. Ahora bien, siempre ha habido heterodoxos. Así que bienvenidos al gran heterodoxo: el gran jurista francés CHARLES DU MOULIN.

60. CH. DU MOULIN había abierto otro camino paralelo al criterio *lex loci celebrationis* ya en el siglo XVI. Nació en París en 1500 y falleció en 1566. Fue abogado del Tribunal de París, y uno de los mayores maestros de toda la historia del Derecho internacional privado⁸². Sus contribuciones para hallar un punto de conexión satisfactorio, operativo, simple y eficiente que permitiese fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales pueden concretarse en varios puntos, según exista o no exista una elección de Ley aplicable al contrato por las partes.

B) El *Consilium LIII* de 1524 y la Ley elegida por los contratantes

61. Es preciso arrancar de la célebre consulta que se efectuó a CH. DU MOULIN sobre cuál era, a su juicio, la ley aplicable al régimen económico matrimonial. En los siglos XII y XIII, los estatutarios indica-

⁸⁰ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, *Estudios Menéndez*, Madrid, 1996, IV, pp. 5289-5309, esp. p. 5302.

⁸¹ J.D. McCLEAN & K. BEEVERS, *Morris, The Conflict Of Laws*, 6th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, p. 254.

⁸² A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol. I, París, 1888, pp. 228-231; J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, *Derecho internacional privado, parte general (introducción, historia doctrinal y codificación)*, Ed. secc.publ. Fac.Derecho Univ.Complutense, Madrid, 1992, p. 328.

ron que los efectos del matrimonio debían regirse por la Ley del país de celebración del matrimonio, por similitud con los contratos. Ésa era la opinión de G. DURANT, P. DE BELLEPERCHE, CINUS DE PISTOIA y JEAN FABRE. Al fin y al cabo, el matrimonio se consideraba un contrato y el régimen económico del matrimonio era, simplemente, un efecto legal del contrato de matrimonio. Esta tesis fue seguida en España por la Partida IV, título XI, Ley 24, que indica que debe aplicarse al régimen económico matrimonial la “*costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento*”. Pues bien, frente a ello, frente a la ley del lugar de celebración del matrimonio, CH. DUMOULIN afirma que el régimen económico del matrimonio es un contrato celebrado entre los cónyuges que debe regirse por la Ley elegida, expresa o tácitamente, por los cónyuges.

62. Con un *approche visionnaire*, en palabras de B. BOURDELOIS, considera CH. DUMOULIN que el régimen económico matrimonial constituye un “contrato”⁸³. Explica de modo transparente G. PARRA ARANGUREN que en 1524 CHARLES DUMOULIN, en su famosísimo *Consilium LIII* (53) resolvió a sus 23 años el caso de los esposos *De Ganey* en favor de la Ley del primer domicilio conyugal⁸⁴. En este litigio, los herederos de la señora *De Ganey* se preguntaban cuál era la Ley (*coutume*) aplicable a los bienes del matrimonio *De Ganey*, a falta de capitulaciones matrimoniales. En París, donde los esposos *De Ganey* instalaron su domicilio, estaba vigente un régimen de comunidad de bienes (art. 110 *coutume* de París). En Lyon, donde el señor *De Ganey* había adquirido bienes, no existía régimen de comunidad de bienes. CHARLES DUMOULIN considera que el régimen económico matrimonial constituye un “contrato”. En consecuencia, debe aplicarse al mismo la Ley elegida por los cónyuges. CHARLES DUMOULIN indicó que los cónyuges podían elegir dicha Ley de modo tácito o implícito. Subrayó que ambos cónyuges eligieron, tácitamente, la Ley de París como aplicable a su régimen económico matrimonial, y la eligieron al fijar en París el primer domicilio conyugal (*primum domicilium semper inspiciendum*, *Consilium LIII*, núms. 19 y siguientes). Indica DUMOULIN que los cónyuges podían haber excluido la aplicación del régimen de comunidad de bienes parisino mediante la redacción de unos pactos o capitulaciones matrimoniales pero que no lo hicieron. Ello probaba su voluntad en favor de la aplicación del régimen de comunidad de bienes propio del Derecho de París. En suma, CHARLES DUMOULIN estima que existía una elección de Ley aplicable al contrato matrimonial que afectaba a los bienes del matrimonio, elección de Ley ejercitada de forma tácita en favor de la Ley del primer domicilio de los cónyuges. Según DUMOULIN, las normas del Derecho de París se aplican al caso a título de normas pactadas por los cónyuges / contratantes, no como normas pertenecientes al estatuto real. La tesis contraria fue sostenida por B. D’ARGENTRÉ, que defendía la aplicación de la Ley del lugar de situación de los bienes inmuebles [*immobilia reguntur lege loci*], pues entendió que la cuestión afectaba a la “propiedad de los bienes”. Esta célebre “*famossissima quaestio*” se saldó con la clamorosa victoria de Charles DuMOULIN, victoria cuyos ecos duran ya siglos y llegan hasta el siglo XXI (Sent. cour de cassation Francia 14 noviembre 2006 [la Ley rectora de los efectos del matrimonio es la Ley del primer domicilio conyugal])⁸⁵.

63. No fue el primero CH. DUMOULIN en recoger la idea de “autonomía de la voluntad conflictual” como criterio para determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales, es cierto. Ya lo hizo ROCHUS CURTIUS, el auténtico precursor, tal y como se ha indicado. Sin embargo, CH. DUMOULIN sí es el primero en proponer una norma de conflicto basada en la autonomía de la voluntad conflictual y destinada a fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales. Por eso, suele decirse que CH. DUMOULIN es el verdadero “inventor” del principio de la “autonomía de la voluntad conflictual” en el campo de los contratos, en expresión de T. BALLARINO / A. BONOMI⁸⁶. En definitiva, el maestro CH. DUMOULIN afirma,

⁸³ B. BOURDELOIS, “Relations familiales internationales et professio juris”, en *Les relations privées internationales: mélanges en l’honneur du professeur Bernard Audit*, LGDJ, Lextenso editions Paris, 2014, pp. 137-154; B. BOURDELOIS, “Nota a Sent. Cour Cass. Francia 14 febrero 2007 [matrimonio poligámico en Francia]”, *JDI Chonet*, 2007, pp. 934-943.

⁸⁴ G. PARRA ARANGUREN, *El régimen de los bienes en el matrimonio en el derecho internacional privado*, Universidad Central de Venezuela, 2007, pp. 7-10.

⁸⁵ Publicada en *Bulletin*, 2006-I, n. 472, p. 405 Texto en: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007053139>.

⁸⁶ T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 3ª ed., 1999, p. 22; O. LANDO, «The Conflicts of Laws of Contracts. General Principles», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1984, vol.189, 1984, pp. 225-448, esp. pp. 241-243.

en el citadísimo y el famosísimo dictamen de los esposos DE GANEY (1525) que los contratos se deben regir por la Ley elegida por las partes, pues en dicha materia, “*la voluntad de las partes es soberana*”, explica A. LAINÉ⁸⁷. Es soberana en el sentido de que las partes eligen el Derecho que mejor conviene a su contrato. Y, *contrario sensu*, como ha mostrado C. GONZÁLEZ BEILFUSS, la autonomía de la voluntad conflictual despliega siempre una “función negativa” que consiste en descartar las normas jurídicas que no son apropiadas para el contrato que vincula a las partes⁸⁸.

C) Los criterios subsidiarios y la idea de previsibilidad de la Ley aplicable

64. En segundo lugar, el gran mérito de CH. DU MOULIN es el de proponer soluciones muy satisfactorias a la cuestión de la determinación de la Ley aplicable a los contratos internacionales cuando no existe elección de la Ley aplicable por los contratantes. Acierta CH. DU MOULIN porque estima que la Ley que debe regir el contrato en defecto de elección debe ser una Ley previsible para los contratantes. Es el principio de previsibilidad, que se identifica fácilmente con el principio de proximidad: el contrato debe regirse por la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos, que es la Ley que las partes esperan ver aplicada a su contrato.

Para ello CH. DU MOULIN explica con sumo acierto el sentido de la regla *lex loci celebrationis* mediante ejemplos y “escapa” de dicha regla cuando no es satisfactoria, esto es, cuando no satisface el principio de previsibilidad = proximidad y lo hace con varios ejemplos⁸⁹.

Primer ejemplo. Un ciudadano de Tubinga, ocasionalmente de paso por Italia, vende un inmueble sito en Tubinga: la aplicación de la Ley italiana (= *lex loci celebrationis*) no está justificada: debe aplicarse la Ley de Tubinga, porque es la Ley de situación del inmueble y la Ley del país del domicilio del vendedor. En otras palabras: es la Ley del país más vinculado con el contrato, la Ley que las partes esperan ver aplicada al contrato. La Ley italiana no tiene vocación de ser aplicada, porque aunque es en Italia donde se concluye el contrato, dicho lugar de celebración es meramente casual. Las partes no tenían dicha ley en sus cálculos cuando celebraron el contrato.

Segundo ejemplo. Un ciudadano también de Tubinga vende en Tubinga a uno de sus vecinos un inmueble que posee en Ginebra. En este caso, sí es posible aplicar la Ley del país de celebración del contrato (*lex loci celebrationis*): es en este caso cuando tiene sentido aplicar la Ley del país de celebración del contrato, porque las partes esperan ver aplicada dicha Ley, ya que el lugar de celebración no es fortuito, sino que coincide con el lugar de domicilio de las partes. En los dos casos anteriores, CH. DU MOULIN lanza la propuesta de la aplicación de la Ley del domicilio permanente de los contratantes, y concretamente, parece inclinarse, sobre todo, en el primer ejemplo, por la Ley del domicilio del vendedor.

Tercer ejemplo. ¿Qué Ley se aplicará cuando ciudadanos de dos países diferentes contratan entre sí? Habrá que tener en cuenta otras circunstancias: si el vendedor, ciudadano de Tubinga, se traslada a otro país para encontrar un adquirente, hay que entender que tal vendedor se ha informado sobre la Ley del país al que se ha trasladado: dicha Ley es aplicable por ser la Ley que los contratantes esperan ver aplicada. Si, por el contrario, es el adquirente el que se traslada al país de domicilio del vendedor, debe presumirse que renuncia a los derechos previstos en la Ley del país de su domicilio y que acepta la Ley

⁸⁷ A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol.I, París, 1888, p. 229.

⁸⁸ 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, esp. pp. 109-111.

⁸⁹ CH. DU MOULIN reformula, en su obra *Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus* (Comentario al *Codex* de Justiniano, libro primero, título primero, edición de 1681, tomo III, p. 554), la Ley *Si Fundus*, para evitar su aplicación a casos en los que el lugar de celebración es fortuito: “*non de loco contractus fortuiti sede domicilii prout crebrius usuvenit imobilia non vendi penegre, sed in loco domicilii*”. El argumento aparece explicado de modo inmejorable en A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol.I, París, 1888, pp. 228-231. Un análisis de la posición de CH. DU MOULIN puede verse en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream-Of-Commerce*”, en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Ed.Colex, Madrid, 2003, ISBN: 84-7879-767-X, pp. 87-119.

del domicilio del vendedor. Dicha Ley es la que los contratantes esperan ver aplicada. Este tercer ejemplo muestra el genio de CH. DU MOULIN. Tras haber afirmado que los contratos internacionales deben regirse por la Ley elegida por las partes, indica que, en estos casos, y a falta de designación de Ley por las partes debe regirse la tesis del riesgo de internacionalidad (*Stream-Of-Commerce*): en la contratación internacional, el contratante que se desplaza a otro país para contratar “hace dejación de su propia Ley”, por lo que debe aplicarse la Ley del país en cuyo mercado opera.

65. En definitiva, CH. DU MOULIN afirma que, en defecto de elección de Ley por los contratantes, deben emplearse criterios que conduzcan a una “Ley previsible por los contratantes”. En ocasiones será más adecuado aplicar la ley del lugar de celebración, y en otras ocasiones será más oportuno aplicar la Ley del lugar del domicilio de las partes, o del vendedor. La previsibilidad de la Ley aplicable para los sujetos privados está muy bien descrita por CH. DU MOULIN. Lo que expresa este autor es la idea de que los particulares esperan ver aplicada la Ley que les genera menores costes de información y comportamiento (= la Ley que les comporta menores costes conflictuales), ya que conocen dicha Ley y están acostumbrados a comportarse con arreglo a dicha Ley (= “*ius est in tacita et verisimiliter mente contrahentium*”): el Derecho aplicable al contrato, a falta de elección del mismo por las partes, está tácita y verdaderamente “en la mente de los contratantes”⁹⁰. Esta idea supone que sujetos racionales e ideales habrían elegido una concreta Ley aplicable a su relación jurídica internacional si se hubieran planteado la cuestión y que esa Ley, aunque no haya sido realmente elegida por las partes, debe regir dicha relación jurídica pues es la Ley que las partes tenían *in mente* cuando entablaron la relación jurídica. Esta idea fue traducida por numerosos expertos y especialmente por la doctrina alemana-, como la “voluntad hipotética de las partes” y, como explica M. VIRGÓS SORIANO, acabó objetivándose. En efecto, la Ley aplicable a un contrato internacional, a falta de elección de Ley por las partes, es una Ley fijada mediante puntos de conexión objetivos (= lugar de celebración del acto jurídico, lugar de situación del bien, lugar del domicilio común, etc.), que conducen a aplicar la Ley estatal que los sujetos protagonistas de la situación privada internacional en cuestión, tenían en su mente como la Ley que debía regir tal situación jurídica⁹¹. Como es evidente, la Ley que las partes esperan ver aplicada es aquella que tienen *in mente* cuando participan en un contrato internacional, y dicha Ley, precisamente porque “habita en la mente de estos particulares”, es la Ley cuya aplicación les comporta costes menores. Es una Ley estatal que les resulta familiar, cuya aplicación esperan porque no constituye ninguna sorpresa para ellos.

Esta idea de “previsibilidad” de la Ley aplicable a los contratos internacionales ha sido también conectada con la tutela judicial efectiva constitucional. La doctrina norteamericana ha adoptado este enfoque⁹². Así, se ha afirmado que es contraria a la Constitución de los Estados Unidos la aplicación de

⁹⁰ A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, París, 1888, vol.I, 1888, p. 229.

⁹¹ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, *Estudios Menéndez*, Madrid, 1996, IV, pp. 5289-5309, esp. p. 5293: “... justificando su decisión en una voluntad ‘presunta’ o hipotética (= no real) de las partes, razonablemente deducible del análisis de todas las circunstancias (= si ‘esos’ contratantes se hubieran planteado, aunque en realidad no lo hicieron, la necesidad de elegir el Derecho, ¿cuál habrían elegido?). El análisis de esa voluntad presunta se fue paulatinamente objetivando, perdiéndose toda referencia a la intención real de las concretas partes contratantes (= ‘esas’ partes), pasando a ser la voluntad que los tribunales consideraban que sería la voluntad de partes ideales (= hombres medios razonables, partes ‘típicas’) en esas mismas circunstancias (= a la luz del contrato y de las circunstancias que el juez conoce, ¿cuál habrá sido la respuesta de dos hombres de negocios razonables?). Con el tiempo, la ficción de la voluntad hipotética iría abandonándose, aunque nunca totalmente, al abrirse paso formulaciones más objetivas de la regla, en las que el tribunal basa directamente su decisión en el análisis de todas las conexiones [...] y circunstancias del negocio en cuestión [...] atribuyendo la regulación del contrato al país que, a la luz de esa valoración, presentara los vínculos más estrechos [...] con el contrato”.

⁹² La doctrina de las “expectativas de las partes en cuanto a la Ley aplicable a una situación privada internacional” ha sido defendida por autores bien pertrechados de argumentos jurídicos solventes. Así, R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 5ª ed., Nápoles, Liguori, 1969, pp. 150-151 y 270: “[se trata de] individuare la situazione alla quale si riferisce la naturale e ragionevole aspettativa degli individui e delle masse (...) ciò significa in definitiva che il legislatore dovrà affidare la valutazione delle varie situazioni all’ordinamento nel quale presuntivamente ed a suo avviso le parti si sono psicologicamente situate, nei termini della quale esse e i terzi sono istintivamente portate e portati a configurare ed a rappresentarsi il rapporto”. También y con una poderosa apelación al maestro F.K. von SAVIGNY, D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), París, 2007, pp. 305-306: «dans ce cas, le respect des

la *Lex Fori* cuando ésta resulta ser «a surprise to the parties», escribe F. VISCHER⁹³. Así, E.F. SCOLES / P. HAY / P.J. BORCHERS / S.C. SYMEONIDES, afirman que en casos “sin contactos suficientes” con un país o State, éste “no tiene derecho” a imponer la aplicación de su Ley. Ello llevaría a un proceso judicial injusto para unas partes “sorprendidas” por la aplicación de una Ley cuya aplicación no pueden prever razonablemente, como recuerdan L. BRILMAYER y T.S. KOGAN⁹⁴. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos lo expresa así: “that for a State’s substantive law to be selected in a constitutionally permissible manner, that State must have a significant contact or significant aggregation of contacts, creating state interests, such that choice of its law is neither arbitrary nor fundamentally unfair” (Sent. TS USA *Allstate Insurance Co. vs. Hague*; en el mismo sentido Sent. TS USA *Phillips Petroleum Co. vs. Shutts*⁹⁵). De modo elocuente, en palabras de F. VISCHER, “visto que el control del Tribunal Supremo [norteamericano] está principalmente basado en la cláusula ‘Due Process’, lo que se controla es cuándo [la aplicación de una Ley de un Estado] resulta una sorpresa para las partes”⁹⁶. Pues bien, según la doctrina norteamericana, la Ley designada por las normas de conflicto sólo puede aplicarse si es posible que las partes puedan prever, de modo razonable, la aplicación de dicha Ley. Los particulares tienen derecho a que el contrato internacional en el que estén implicados quede sujeto a la Ley que corresponde a sus expectativas, que es la Ley que se encuentra en su esfera de control, la Ley cuya aplicación les comporta los costes conflictuales más reducidos, expone B. AUDIT⁹⁷.

D) El triunfo de la autonomía de la voluntad conflictual

66. En todas las explicaciones y fundamentaciones del criterio “lugar de celebración del contrato” se detectaba siempre un elemento clave: la voluntad de las partes era determinante. De ahí arrancó un movimiento, que parte de CH. DUMOULIN y que llega hasta el siglo XIX, en el que muchos países europeos optan por dar entrada a la Ley elegida por las partes como primer criterio para determinar la Ley reguladora de los contratos internacionales. Es la “lenta ascensa dell’*autonomia della volontà*”, en la bella metáfora de T. BALLARINO / A. BONOMI⁹⁸. Ya en el siglo XIX, muchos expertos legales defienden el criterio de la autonomía de la voluntad conflictual (= el contrato se rige por la Ley elegida por las partes), como es el caso de P.S. MANCINI. También lo sostiene F.K. v. SAVIGNY. Entiende este autor que el contrato se debe regir por la Ley de lugar establecido por las partes como lugar de cumplimiento bien de modo

prévisions des parties et le exigences des politiques des États ne pourront sans doute être atteints que de façon approximative, à travers la détermination (...) du droit étatique applicable”, y p. 316 «[Savigny] tend à mettre en avant l’importance cardinale des intérêts des individus dans le règlement du conflit”. Igualmente, B. AUDIT, «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise» des conflits de lois)”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1984, vol.186, 1984, pp. 219-398, esp. p. 275: «si leur attention est attirée sur lui, leur souhait sera de voir appliquer une loi qui ne les surprenne pas; en d’autres termes, que la solution du conflit de lois soit pour eux intelligible”.

⁹³ F. VISCHER, «General Course on Private International Law.», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1992, vol.232, pp. 21-246, esp. p. 712.

⁹⁴ L. BRILMAYER, *Conflict of Laws*, 2nd ed., Boston, Little Brown and Company, 1995, pp. 249-263; ID., “Post-modernism in American Choice of Law”, *Liber memorialis François Laurent*, Bruselas, Story Scientia, 1989, pp. 695-706, esp. pp. 702-705; ID., “Rights, Fairness and Choice of Law”, *Yale Law Journal*, 1989 (7), vol.98, pp. 1277-1319; ID., “The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1993, vol.252, pp. 19-112; T.S. KOGAN, “Towards a Jurisprudence of Choice of Law: The Priority of Fairness over Comity”, *New York University Law Review*, 1987, pp. 651-714.

⁹⁵ E.F. SCOLES / P. HAY / P.J. BORCHERS / S.C. SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 3th ed., West Group, St. Paul Minn., 2000, pp. 151-155.

⁹⁶ F. VISCHER, “General Course on Private International Law.», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1992, vol.232, pp. 21-246, esp. p. 71: “as the control of the Supreme Court is mainly based on the Due Process Clause, the controlling question must of whether it came as a surprise to the parties”.

⁹⁷ B. AUDIT, «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise» des conflits de lois)”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1984, vol.186, 1984, pp. 219-398, esp. p. 275: «si leur attention est attirée sur lui, leur souhait sera de voir appliquer une loi qui ne les surprenne pas; en d’autres termes, que la solution du conflit de lois soit pour eux intelligible”.

⁹⁸ T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Cedam, 1999, p. 584.

expreso o tácito⁹⁹. En efecto, cuando las partes eligen un lugar de cumplimiento de sus obligaciones, se someten de modo voluntario a la Ley de dicho Estado, como muy bien ha explicado S. LEIBLE¹⁰⁰. En defecto de dicha designación, F.K. VON SAVINGY se inclina por el lugar de domicilio del deudor¹⁰¹. Esta tendencia se impone en toda Europa, de modo que durante el siglo XIX queda claro que el primer punto de conexión para designar la Ley reguladora de los contratos internacionales es la autonomía de la voluntad de los contratantes. El contrato debe regirse por la Ley estatal elegida por las partes.

67. El punto de conexión “autonomía de la voluntad conflictual” alcanzó un éxito rotundo prácticamente en todos los países europeos occidentales. Desde finales del siglo XIX y durante el siglo XX, la jurisprudencia europea acepta que los contratos se deben regir, en primer lugar, por la Ley elegida por los contratantes¹⁰².

68. Algunos países carecían de una norma de conflicto de leyes que indicara, de modo expreso, que los contratos se debían regir por a Ley elegida por los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia sí acogió este criterio. Así ocurrió en Francia, Alemania, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Inglaterra, Escocia, Irlanda, Dinamarca, y en España. Efectivamente, en España, antes y después del Código Civil de 1889, como se verá más adelante, y ante el silencio de dicho código al respecto, el TS hace prevalecer en la mayor parte de sus pronunciamientos la Ley elegida por los contratantes y sólo en su defecto acude a la Ley del lugar de celebración del contrato, que era la solución acogida por las Partidas. Esta posición se puede apreciar en las STS 9 marzo 1872, STS 18 marzo 1875, STS 20 marzo 1877, STS 15 noviembre 1898, STS 19 octubre 1910, STS 28 febrero 1928, STS 19 diciembre 1930 y STS 29 mayo 1933¹⁰³.

69. En Francia, la *Cour de Cassation* francesa dictó el 5 diciembre 1910 una sentencia de capital importancia (*American Trade Company*), que disipó todas las dudas: los contratos se rigen por la Ley elegida por las partes. En Francia todo es peculiar y por ello, durante la primera parte del siglo XX, H. BATIFFOL indicó que los contratantes, en realidad, no eligen la Ley del contrato, ni tienen el poder de elegir la Ley aplicable al contrato. Según este gran pensador del Derecho internacional privado, las partes “localizan el contrato” en uno de los países conectados con el contrato, país cuya Ley rige tanto el contrato como el pacto de elección de Ley (= “teoría de la localización” / “*théorie de la localisation*”). Esta teoría alcanzó el éxito en la jurisprudencia francesa. Sin embargo, la teoría resultaba parcialmente incongruente, ya que no es preciso que una Ley estatal permita el pacto de elección de Ley, pues dicho pacto es ya válido con arreglo a las normas de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto. La teoría entró en declive en la segunda mitad del siglo XX y se abandonó tras el Convenio de Roma de 1980.

⁹⁹ J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, *Derecho internacional privado, parte general vol.I (introducción, historia doctrinal y codificación)*, Ed. sec.publ. Fac.Dcho Univ.Complutense, Madrid, 1992, p. 409.

¹⁰⁰ S. LEIBLE, “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales”, *CDT*, 2011, vol. 3, n. 1, pp. 214-233.

¹⁰¹ F.C. VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, traducido del alemán por M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Messía y Manuel Poley, Madrid, 1879, vol.VIII, edición facsimil de Ed. Comares, Granada, 2005 (la edición original en alemán es de 1849), p. 1424: „Por último, réstanos determinar el asiento de la obligación para los casos en los que faltan los signos característicos arriba enumerados, es decir, cuando no existe lugar determinado de cumplimiento (núm. IV v las circunstancias accesorias del contrato no permiten creer que las partes hayan querido colocar la ejecución de la obligación en el lugar de su nacimiento (núms. n, ID, IV). Aquí se presenta principalmente el caso citado por Ulpiano de un viajero que realiza un contrato en una ciudad donde reside accidentalmente. En ausencia de toda indicación de un lugar de ejecución es preciso admitir que el deudor cumplirá su compromiso en su domicilio, donde ha de volver. Así, pues, este caso se juzga precisamente como si el deudor hubiese otorgado el contrato no en viaje, sino en su propio domicilio“.

¹⁰² M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, pp. 14-15.

¹⁰³ STS 9 marzo 1872, *Jurisprudencia Civil*, vol. 25, p. 295; STS 18 marzo 1875, *Jurisprudencia Civil*, vol. 31, p. 536; STS 20 marzo 1877, *Jurisprudencia Civil*, vol. 36, p. 186; STS 15 noviembre 1898, *Jurisprudencia Civil*, vol. 85, p. 306; STS 19 octubre 1910, *Jurisprudencia Civil*, vol. 119, p. 114; STS 28 febrero 1928, *Jurisprudencia Civil*, vol. 181, p. 773; STS 19 diciembre 1930, *Jurisprudencia Civil*, vol. 197, p. 677; STS 29 mayo 1933 [R.3921].

70. Otros países acogieron la solución “autonomía de la voluntad conflictual” de modo explícito en sus normas de conflicto escritas. Fue el caso de Italia: Código Civil de 1865 y Código Civil de 1942, y más tarde, el caso de España en el art. 10.5 CC tras su reforma de 1974.

71. El criterio de la autonomía de la voluntad fue aceptado también en el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980¹⁰⁴. Ello resultó indiscutido porque existía un escenario favorable a la autonomía de la voluntad conflictual como criterio de conexión principal antes de la elaboración del citado Convenio de Roma de 19 junio 1980. Este criterio contó con el pleno beneplácito de todos los Estados partes en el mismo. Su sucesor, el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) también acoge este criterio como regla principal para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales¹⁰⁵. De este modo, puede afirmarse, con P. MANKOWSKI, que la libre elección de la Ley aplicable constituye el eje y el campeón indiscutible del Derecho internacional privado de los contratos¹⁰⁶.

Del mismo modo, el criterio de la autonomía de la voluntad se recoge en numerosos convenios internacionales que abordan la regulación de concretos tipos de contratos internacionales, -venta, contratos de intermediarios, etc.-. El punto de conexión autonomía de la voluntad conflictual fue también recibido con generosidad como primer punto de conexión para determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales por la jurisprudencia arbitral y por los convenios que regulan el arbitraje privado internacional, como el Convenio europeo de Ginebra de 21 abril 1961 sobre arbitraje comercial internacional (art. VIII) y el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 marzo 1965 (art. 42)¹⁰⁷.

3. La Ley aplicable al contrato en defecto de elección

72. En toda Europa y en los Estados Unidos de América, ya desde el siglo XIX queda claro que el primer criterio para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales debe ser la elección de Ley por las partes. Sin embargo, problemas mucho más agudos surgen a la hora de determinar la Ley que rige el contrato en defecto de elección. Los distintos sistemas estatales de Derecho internacional privado y la jurisprudencia de cada país seguían criterios diferentes. Ahora bien, dos grandes tendencias pueden distinguirse.

A) Puntos de conexión flexibles. *The proper law of the contract*

73. Una primera corriente adopta puntos de conexión flexibles. Se estima que el contrato debe regirse por la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos. No hay un catálogo prefijado

¹⁰⁴ Texto en *RCDIP*, vol.LXI, 1980, pp. 875-888, y en *RDIPP*, 1980, vol.LXIII, pp. 297-307 y texto oficial en JOCE, núm. L 266, de 9 octubre 1980 así como en BOE núm.171 de 19 julio 1993 y corr.errores BOE núm.189 de 9 agosto 1993.

¹⁰⁵ DOUE L 177 de 4 julio 2008.

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 abril 1961 (BOE núm. 238 de 4 octubre 1975). Su art. 7 indica: “*Derecho aplicable. 1. Las partes podrán según su libre criterio determinar de común acuerdo la ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia. Si no existiere indicación por las partes en lo concerniente al derecho aplicable, los árbitros aplicarán la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión. En ambos casos, los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles. | 2. Los árbitros actuarán en calidad de “amigables componedores” si tal es la voluntad de las partes y se lo permite la ley aplicada al arbitraje*”. Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 mayo 1965 (selección de normas) (BOE núm.219 de 13 septiembre 1994). Su art. 42 señala: “1. *El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables*”.

de “contactos”: el juez decide, *in casu*, cuál es el país más vinculado con el contrato, con cada contrato en concreto. No se trata, pues de indicar que los contratos de compraventa se deben regir por la Ley X, sino de afirmar que “este concreto contrato de compraventa” debe quedar sujeto a la Ley X y así sucesivamente. A tal efecto se deben valorar todos los elementos del mismo y sus diferentes contactos con distintos países¹⁰⁸.

La teoría se desarrolla con énfasis evidente en los países anglosajones durante el siglo XIX. Es curioso percibir que las raíces del principio de los vínculos más estrechos no se encuentran en estos países sino que son una consecuencia de las tesis de F.K. VON SAVIGNY y O. VON GIERKE, juristas que buscan hallar la Ley aplicable a las relaciones jurídicas mediante la localización en el espacio de la sede natural (*Sitz*) de dichas relaciones jurídicas. Ambos autores persiguen encontrar el centro de gravedad (*Schwerpunkt*) de la relación jurídica, su sede natural¹⁰⁹. De ahí, la tesis pasa a los países anglosajones, donde fue impulsada por DICEY y J. WESTLAKE, entre otros, y dio lugar a la *Proper Law of The Contract Doctrine*. Esta teoría conoce, posteriormente, una versión europea y una versión norteamericana.

a) Versión inglesa de la *proper law of the contract*

74. En Inglaterra, se abandona lentamente el criterio *lex loci celebrationis* y se opta por la tesis de la *Proper Law of the Contract*: cada contrato, -no cada “tipo de contrato”-, tiene una Ley reguladora. Se prefiere la Ley elegida, y en defecto de ésta, se aplica la Ley del país que, con arreglo a las circunstancias del caso, aparece como el más vinculado. Para ello se recurre al criterio del “hombre razonable”: se aplicará el Derecho que una persona razonable hubiera debido tener presente si se hubiera planteado la cuestión de la Ley aplicable al contrato en el momento de su celebración, en una posición que en la práctica equipara la voluntad implícita de las partes con la voluntad hipotética de las mismas¹¹⁰. Se trata de encontrar “el sistema legal con referencia al cual se celebró el contrato”. En ausencia de una elección expresa o implícita del Derecho aplicable al contrato por las partes, dicho contrato debe regirse por la ley “objetiva” propiamente dicha, es decir, la ley “con la que la transacción tiene su conexión más estrecha y real”. Dicha Ley suele ser la Ley del país de ejecución del contrato cuando dicho lugar es único: caso *The Assunzione* (1954), caso *Bonython vs. Commonwealth of Australia* (1951) [AC 201], como explican de modo inmejorable CH.M.V. CLARKSON / J. HILL / A.J.E. JAFFEY¹¹¹. Ahora bien, este criterio no es definitivo. Como recuerda el informe GIULIANO-LAGARDE, “*al realizar este examen, el tribunal deberá tener en cuenta todas las circunstancias de la causa (...) ningún elemento es decisivo en sí mismo por el contrario, conviene tener en cuenta toda una serie de elementos tales como, por ejemplo, el lugar de residencia o de actividad de las partes, el lugar de ejecución del contrato, el lugar de celebración*

¹⁰⁸ M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, pp. 17-18.

¹⁰⁹ E. VITTA, «Influenze americane nella convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali», *RDIPP*, 1983, vol.XIX, pp. 261-278, esp. pp. 264-265; O. von GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, 1895, vol.I, p. 217; J. DOLINGER, «Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 2000, vol.283, pp. 187-512.

¹¹⁰ M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 18.

¹¹¹ CH.M.V. CLARKSON / J. HILL / A.J.E. JAFFEY, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2ª ed., London, Butterworths, 2002, p. 198: „During the nineteenth and twentieth centuries the English courts to this doctrine, the choice of law process is broken down into three stages. First, the parties might make an express choice of law. At common law, the court will give effect to an express choice of law as long as it is bona fide, legal and not contrary to public policy. Secondly, in the absence of express choice the proper law of the contract may be ‘the system of law by reference to which the contract was made’. This formula allows for the possibility of an implied, rather than express, choice. At common law, the court may imply a choice of law from the form of the contract (such as use of a particular standard form) or from an arbitration clause or from a jurisdiction agreement. Thirdly, in the absence of an express or implied choice, a contract should be governed by the ‘objective’ proper law-that is the law ‘with which the transaction has its closest and most real connection’“. También J.D. MC.CLEAN: *Morris: The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 4ª ed., London, 1994, pp. 254-255; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 191. *Vid.* caso *The Assunzione* [1954] 2 WLR 234.; Caso *Bonython vs. Commonwealth of Australia* (1951) [AC 201].

y la naturaleza y el objeto del contrato”¹¹². En Derecho escocés y en Derecho irlandés las soluciones son similares a las del Derecho inglés. Los objetivos perseguidos con este sistema de la *proper law of the contract* son tres, explicados de forma transparente, nuevamente, por CH.M.V. CLARKSON / J. HILL / A.J.E. JAFFEY¹¹³. En primer lugar, se promueve la certeza jurídica al permitir que las partes elijan la ley que rige su contrato. En segundo lugar, se potencia que las partes configuren su propio contrato como deseen: autonomía privada. En tercer lugar, en los casos en que las partes no eligieron la Ley reguladora de su contrato, se aplica la Ley del país con el que el contrato está más estrechamente vinculado porque de ese modo se satisfacen tanto a las expectativas razonables de las partes como los intereses del Estado que probablemente se vea más afectado por el resultado de la controversia de las partes, que suele ser, se insiste, el país de ejecución de las obligaciones que derivan del contrato”.

b) Versión norteamericana de la *proper law of the contract*

75. La versión norteamericana de la teoría, desarrollada, ya en el siglo XX, durante la *Conflict of Laws Revolution*, es la conocida tesis de la *Most Significant Relationship Theory* o *Grouping Of Contacts Theory*, seguida con matices propios por infinidad de autores, si bien es W. REESE el autor más representativo¹¹⁴. Esta versión presenta caracteres *sui generis*, pues se tiene en cuenta no sólo la previsibilidad, para las partes, del Derecho aplicable, sino el contenido material de los Derechos estatales “en conflicto”, las *policies* que persiguen los diferentes legisladores estatales. Se aplica, así, el Derecho que presenta vocación para regular el caso concreto, bien para proteger intereses esenciales de la contratación, para defender a los nacionales, para garantizar intereses generales o públicos, etc.

c) Versión francesa: el sistema del “*cumul d’indices*”

76. También en Francia, es curioso, se sigue un enfoque flexible para precisar la Ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección de Ley. En ese caso, en efecto, la jurisprudencia francesa aplicaba la Ley del país con el que el contrato presenta una relación más estrecha. Los tribunales emplean diversos índices para averiguar y concretar los contactos del contrato con los diferentes países.

Con ciertos matices e inflexiones, los tribunales galos siguieron la llamada “teoría de la localización” / “*théorie de la localisation*”, formulada por H. BATIFFOL. A tenor de la misma, los contratantes no eligen la Ley del contrato, ni tienen el poder de elegir la Ley aplicable al contrato. Los contratantes se limitan a localizar el contrato en un ordenamiento jurídico concreto. Dicha Ley debe decidir si las partes pueden y en qué medida, elegir la Ley que regula el contrato.

En defecto de elección de Ley, corresponde a los tribunales buscar en la estructura del contrato y en las circunstancias de la causa, cuál es la ley que debe regir las relaciones entre los contratantes: „*La loi applicable au contrat est celle que les parties ont adoptée; à défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient aux juges du fond de rechercher d’après l’économie de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants*”¹¹⁵. Ahora bien, el sistema es fran-

¹¹² M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 18.

¹¹³ CH.M.V. CLARKSON / J. HILL / A.J.E. JAFFEY, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2ª ed., London, Butterworths, 2002, p. 198: „*These rules can be explained by reference to a number of objectives which the law seeks to achieve. First, the law promotes certainty by allowing the parties to choose the governing law. Secondly, the rule that effect will be given to an express or implied choice of law is consistent with the principle of party autonomy which underpins the whole of the law of contract. Thirdly, in cases where the parties have not made a choice, the application of the law of the country with which the contract is most closely connected gives effect both to the reasonable expectations of the parties and to the interests of the country which is likely to have the greatest interest in the outcome of the parties’ dispute*”.

¹¹⁴ W.L.M. REESE, “General Course on Private International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1976, vol.150, pp. 1-193.

¹¹⁵ Sentencia Cour de cassation 6 julio 1959, *Société des Fourrures Renel*, *Journal de droit international Clunet*, 1960, p.

camente complicado e inseguro. Como explican D. BUREAU / H. MUIR WATT, había en la jurisprudencia francesa una cierta imprevisibilidad de las soluciones en el ámbito de los contratos internacionales. Había que tratar de concretar la ley aplicable al contrato mediante ciertas „pistas“ que revelasen la voluntad de las partes o la vinculación objetiva del contrato con ciertos países, cuya relevancia también variaba según las circunstancias (lugar de ejecución, nacionalidad de las partes, idioma del contrato, moneda de pago, residencia de las partes ...). Tras un examen concreto de estos índices, el juez decidía qué Estado estaba más vinculado con el contrato, de modo que la Ley de dicho Estado regía el contrato. Como se observa, el enfoque francés no se basaba en una regla de conflicto predeterminada con criterios objetivos, sino en un método de „acumulación de índices“ variable según los casos (*cumul d'indices variables selon les espèces*). Ello condujo a una auténtica incertidumbre sobre la ley aplicable al contrato con lamentables consecuencias en términos de previsibilidad de las soluciones, certeza y seguridad jurídica¹¹⁶. Por influjo francés, esta óptica se observa también en Luxemburgo y Bélgica. No existe una tabla de puntos de conexión rígidos al efecto, como sí se aprecia en otros países europeos como Italia, Grecia, España, Alemania.

B) Puntos de conexión rígidos: distintos países, distintos puntos de conexión

77. Otros países europeos siguen, por el contrario, un sistema de puntos de conexión rígidos para fijar la ley aplicable al contrato en defecto de elección. El juez, se dice, debe limitarse a comprobar si concurren determinadas circunstancias objetivas y prefijadas y a aplicar el Derecho designado por un punto de conexión determinado, sin valorar libremente los contactos del contrato con los distintos países. Se trata de un enfoque propio del Derecho continental, siempre orientado a limitar alegrías judiciales. El juez es “la boca de la Ley”, no debe crear Derecho (internacional privado), debe solamente aplicar el Derecho (internacional privado) que ya ha sido creado por el legislador.

Así, en Alemania, como ya se ha indicado, prevalece la elección de las partes. Si éstas nada han dispuesto, se deberá investigar la *hypothetischer Parteiwille*, “la voluntad presunta de las partes, teniendo en cuenta los intereses generales presentes es cada caso concreto”. Y “en caso de que esta búsqueda no dé resultado, la ley aplicable al contrato, con arreglo a la jurisprudencia alemana, se determinará por el lugar de su ejecución, y más exactamente por el lugar de la ejecución de cada una de las obligaciones derivadas del contrato, ya que los tribunales alemanes estiman que, cuando las diversas obligaciones de un contrato deban ejecutarse en países distintos, cada obligación se regirá por la ley del país de su ejecución”¹¹⁷. Puede, en consecuencia, que existan diversas leyes que regulan diversas obligaciones que nacen del mismo contrato.

En Italia se optaba por la Ley elegida por las partes. En su defecto, se aplicaba la Ley nacional común de los contratantes, y a falta de esta Ley, se aplicaba la Ley del país donde se haya celebrado el contrato (art. 25 *Codice civile* de 1942).

En Suiza, según se ha visto, se prefirió la teoría de las *coupures*, -tributaria de la tesis escisionista de BARTHOLO DA SASSOFERRATO-, aunque fue abandonada a mitades del siglo XX, para acoger la céle-

814; *Revue critique de droit international privé*, 1960, p. 354, nota de Y. LOUSSOUARN; *Revue trimestrielle de droit comparé*, 1960, p. 516, con nota de P. HÉBRAUD.

¹¹⁶ Muy bien explicado aparece en D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome II Partie spéciale, 3ª ed., Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2014, pp. 306-307: „Il en résultait cependant qu'à défaut de choix de loi applicable, régnait en ce domaine une certaine imprévisibilité des solutions: quel que soit le fondement théorique susceptible de soutenir la jurisprudence -à supposer d'ailleurs qu'il soit unitaire -, que ce soit donc par interprétation de la loi applicable à partir d'indices (révélateurs de la volonté des parties ou indices de localisation), dont la pertinence était d'ailleurs variable selon les circonstances (lieu d'exécution, nationalité des parties, langue du contrat, monnaie de paiement, résidence des parties...). Après examen concret de ces indices, le juge décidait que leur convergence vers un État conduisait à l'application de la loi de cet État. Le système ne reposait donc pas sur la mise en œuvre d'une règle de conflit prédéterminée, mais sur un cumul d'indices, variables selon les espèces. Il en résultait une réelle incertitude quant à la loi applicable au contrat, variable selon les circonstances, entraînant par la même de fâcheuses conséquences en termes de prévisibilité des solutions, de certitude et de sécurité juridique“.

¹¹⁷ M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, pp. 17-18.

bre teoría de la prestación característica: el contrato se rige por la Ley del país de la sede del prestador característico del contrato, un punto de conexión rígido en todo caso.

En España, el art. 10.5 CC, que data de 1974, privilegió la elección de Ley por los contratantes, criterio que ya había acogido años antes el Tribunal Supremo como punto de conexión principal para determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales. En defecto de elección de ley por las partes, se aplica el punto de conexión “nacionalidad común de los contratantes”, a falta de la misma, se recurre a la Ley de la residencia habitual común de los contratantes, y, en último término, si no hay residencia habitual común, se aplica la Ley del país de celebración del contrato (art. 10.5 CC). España se adscribe, pues, a la corriente europea de los “puntos de conexión rígidos” en el sector de los contratos internacionales.

En Portugal, prevalece la Ley elegida por los contratantes (art. 41 Código civil de Portugal) y en su defecto, se aplica la ley de la residencia habitual común de las partes y a falta de residencia común, en los contratos gratuitos se aplicará la ley de residencia habitual de quien realiza la prestación y, en los demás contratos, la ley del lugar de celebración del contrato (art. 42 Código civil de Portugal)¹¹⁸.

78. Como se aprecia, los países europeos aceptaban como criterio primero para fijar la Ley reguladora de los contratos internacionales, la autonomía de la voluntad conflictual. Sin embargo, existían poderosas, fuertes y sentidas divergencias a la hora de determinar la Ley que debía regir el contrato en defecto de elección de Ley por los contratantes. Un grupo mayoritario de países europeos empleaban puntos de conexión rígidos, -como el lugar de ejecución de las obligaciones, la nacionalidad común o residencia común de las partes, el lugar de celebración del contrato-, mientras que un grupo menos numeroso, formado por los países de *Common Law*, -Gran Bretaña, Irlanda, Malta, Chipre-, y por Francia, Bélgica y Luxemburgo, utilizaban puntos de conexión flexibles en cuya virtud los tribunales debían, caso por caso, encontrar el país más vinculado con el contrato en cuestión y a tal efecto valoraban todos los contactos y vinculaciones del contrato con los diferentes países. En este escenario de divergencias nacionales sobre un tema tan importante para el crecimiento económico como es el régimen jurídico de los contratos internacionales, la salvación vino de Europa. Como casi siempre.

VI. El Convenio de Roma de 19 junio 1980: el equilibrio

79. Así las cosas, cuando la entonces Comunidad Europea decide emprender los trabajos para elaborar un convenio internacional que contenga un sistema de normas de conflicto para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales, los expertos autores del texto optan por un sistema dual con un cierto peso mayor, en el mismo, para los puntos de conexión rígidos: puntos de conexión rígidos pero acompañados por la posibilidad de acudir a puntos de conexión flexibles para casos en los que tales puntos de conexión rígidos conduzcan a resultados contrarios a la previsibilidad de la Ley aplicable para los contratantes. Bienvenidos todos, pues, al Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 junio 1980 (CR). Dicho convenio recogió criterios uniformes, -válidos para todos los Estados entonces integrantes de la Comunidad Europea-, y que servían para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales¹¹⁹. Este convenio constituye una de las obras legislativas más brillantes de la historia del Derecho internacional privado. La mayor parte de las críticas que ha sufrido dicho texto son injustas, poco meditadas, apresuradas, y fruto de un diletantismo oportunista. La celeridad legislativa

¹¹⁸ Art. 41 CC Portugal: “(Obrigações provenientes de negócios jurídicos). 1. As obrigações provenientes de negócio jurídico, assim como a própria substância dele, são reguladas pela lei que os respectivos sujeitos tiverem designado ou houverem tido em vista. | 2. A designação ou referência das partes só pode, todavia, recair sobre lei cuja aplicabilidade corresponda a um interesse sério dos declarantes ou esteja em conexão com algum dos elementos do negócio jurídico atendíveis no domínio do direito internacional privado”. Art. 42 CC Portugal: “(Critério supletivo). 1. Na falta de determinação da lei competente, atende-se, nos negócios jurídicos unilaterais, à lei da residência habitual do declarante e, nos contratos, à lei da residência habitual comum das partes. 2. Na falta de residência comum, é aplicável, nos contratos gratuitos, a lei da residência habitual daquele que atribui o benefício e, nos restantes contratos, a lei do lugar da celebração”.

¹¹⁹ Vid. su “texto consolidado” en DOCE C 27 de 26 enero 1998. El proceso de incorporación del convenio al Derecho español está bien explicado por F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «España se adhiere al convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», *REDI*, 1994, vol.XLVI, pp. 446-451.

del Derecho internacional privado del siglo XXI, apunta certeramente H. KENFACK, no ha dado tiempo al Convenio de Roma de 19 junio 1980 para mostrar sus muchas virtudes¹²⁰.

80. El Convenio de Roma contiene normas de conflicto que fijan los puntos de conexión que señalan la Ley aplicable a los contratos internacionales.

El punto de conexión principal acogido por el Convenio es la autonomía de la voluntad conflictual: el contrato se rige por la Ley estatal elegida por los contratantes. Recoge así el convenio la tradición jurídica europea que se remonta a los siglos XV y XVI y a los estudios de ROCHUS CURTIUS y de CH. DU MOULIN. Antes de la elaboración del convenio, todos los países integrados en el club comunitario admitían que la Ley aplicable a los contratos internacionales debía ser, en primer lugar, la Ley elegida por las partes, como pone de relieve el inmarcesible informe, elaborado por M. GIULIANO / P. LAGARDE, adjunto al Convenio de Roma¹²¹.

En defecto de elección de Ley por las partes, debía seguirse lo establecido en el art. 4 CR. El precepto utiliza criterios objetivos para determinar la Ley del contrato: no se tiene en cuenta la voluntad presunta o hipotética de los contratantes (*hypothetischer Parteiwille*), criterio seguido en Alemania antes del Convenio de Roma. El art. 4 CR presenta una estructura circular o envolvente: a) Primero se afirma que el contrato se regirá por la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos; b) En segundo lugar, se afirma que se presume que se presentan los vínculos más estrechos con un determinado país; c) Por último, se dice que si las presunciones no se pueden determinar o conducen al Derecho de un país que no es el más vinculado con el contrato, se aplicará la Ley del país más estrechamente vinculado con dicho contrato. Como se ve, la tercera regla regresa al punto de partida: los vínculos más estrechos.

1. El sistema de las presunciones y el art. 4 CR

81. El método que consiste en fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales mediante una presunción simple es conocido en Derecho internacional privado comparado: lo utiliza el Código civil egipcio tras 1948, el Código civil sirio tras 1949, y otros códigos que copian en modelo egipcio. También, cómo no, lo utiliza la Ley de Derecho internacional privado de Suiza (art. 117 Ley de Derecho internacional privado de 18 diciembre de 1987)¹²². En realidad, como expone brillantemente U. VILLANI, el art. 4 CR combina dos métodos de determinación de la Ley aplicable a los contratos internacionales¹²³.

Por un lado, el art. 4 CR recoge el método anglosajón (= principio de proximidad): el contrato en concreto del que se trate, el contrato en cuestión, queda regulado por la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos. Un método muy similar se seguía también en otros países antes de la entrada en escena del Convenio de Roma, -como Francia, Reino Unido, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, etc.-, bajo variantes diversas. Es el criterio propio de la jurisprudencia inglesa en materia contractual (*The Proper Law of the Contract Doctrine*): hay que ponderar todos los elementos y contactos que un contrato en particular presenta, para deducir el país con el que está más estrechamente vinculado. Es un punto de conexión flexible: la vinculación más estrecha. Se trata de un vínculo territorial y no jurídico, como precisa abundante doctrina¹²⁴: se analizan los vínculos con un país, no con su ordenamiento jurídico, que es

¹²⁰ H. KENFACK, "Le Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ("Rome I"), navire stable aux instruments efficaces de navigation?", *Journal de droit international Clunet*, 2009, pp. 2-39.

¹²¹ M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, pp. 14-15.

¹²² A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 303.

¹²³ U. VILLANI, «Aspetti problematici della prestazione caratteristica», *RDIPP*, 1993, pp. 513-540, esp. pp. 514-515.

¹²⁴ E. VITTA, "La convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano", *RDIPP*, 1981, vol.XVII, 1981, pp. 837-X52; Id., "L'incidenza della Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali", *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milán, Giuffrè, 1982, pp. 389-409; Id., "Influenze americane nella convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali", *RDIPP*, 1983, vol.XIX, pp. 261-278; M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 18;

P.M. NORTH, «Reform (but not revolution)», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1990, vol.220, pp. 152-205, p. 184; J. DOLINGER, «Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 2000, vol.283, pp. 187-512, esp. p. 386.

el enfoque tradicional de los países de *Common Law*. Este primer método (método anglosajón) se refleja en el art. 4.1 CR: el contrato se rige por la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos.

Por otro lado, el art. 4 CR acoge también el método continental de los puntos de conexión rígidos. El juez utiliza una circunstancia del contrato que le lleva directamente a individualizar el país cuya Ley regirá el contrato. Este método se refleja en las “presunciones” que contiene el art. 4 CR.

82. El resultado de la combinación de ambos métodos en el art. 4 CR es explosivo y, por tanto, difícil de aplicar. La doctrina discutió largamente en torno al resultado final de la combinación de ambos métodos y se gestaron, al menos, cuatro teorías al respecto¹²⁵. Prevalció el llamado “método de las “presunciones fuertes” o tesis oficial. Es la tesis que resultó mayoritaria en la doctrina, defendida por múltiples autores¹²⁶. Las presunciones constituyen la primera solución para la determinación de la Ley del contrato a falta de elección de Ley por las partes. Indican, directamente, como un punto de conexión rígido, la Ley aplicable al contrato. Sólo cuando no es posible utilizar las presunciones o cuando éstas “traicionan” al principio básico (principio de proximidad), designando la Ley de un país que no es el más vinculado con el contrato, se recurrirá al art. 4.5 CR y al art. 4.1 CR. Este precepto permite determinar la Ley del contrato mediante un análisis global de las circunstancias del contrato en cuestión. Esta tesis responde a la voluntad de los redactores del convenio de *conciliar* ambos métodos a través de dos principios. En primer término, se afianza la seguridad jurídica y se simplifica y automatiza la precisión de la Ley del contrato, gracias a la utilización de un punto de conexión rígido, que actúa en primer lugar: las presunciones. En segundo lugar, no obstante, este punto de conexión rígido está constituido por “presunciones simples”: está sujeto a una cláusula de excepción que permite utilizar el método casuístico anglosajón cuando las presunciones no pueden operar o cuando no responden al principio de la vinculación más estrecha.

2. La presunción general. Teoría de la prestación característica

83. La presunción general, -válida, en principio, para todo tipo de contrato-, se contenía en el art. 4.2 CR: se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país donde, en el momento de celebración del contrato, tiene su residencia habitual la parte del contrato que debe proporcionar la “prestación característica” del contrato. Si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, se tendrá en cuenta el país de su administración central. Si el contrato se celebra en el ejercicio de la actividad profesional del prestador característico, se tendrá en cuenta el país de situación de su establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, se tendrá en cuenta el país en que esté situado este otro establecimiento. La teoría de la prestación característica y el concepto de ésta fueron sido tomados por el Convenio de Roma del Derecho internacional privado suizo, como bien ha explicado la doctrina¹²⁷.

¹²⁵ A.J.E. JAFFEY, «The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention», *ICLQ*, 1984, pp. 531-560

O. KAHN-FREUND, «La notion anglaise de la proper law of the contracts devant les juges et devant les arbitres», *RCDIP*, 1973, pp. 607-627; G. KAUFMANN-KOHLER, «La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse», *ASDI*, 1989, pp. 195 ss.; U. VILLANI, «Aspetti problematici della prestazione caratteristica», *RDIPP*, 1993, pp. 513-540.

¹²⁶ M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 18; F. POCAR, «Le droit des obligations dans le nouveau droit international privé italien», *RCDIP*, 1996, pp. 41-65; ID., «L'unification des règles de conflits en matière de contrats dans la Communauté économique européenne», *Comunicazioni e Studi*, 1978, vol.XV, pp. 165-193; ID., «L'entrata in vigore della convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile ai contratti», *RDIPP*, 1991, pp. 249-252; ID., «La comunitarizzazione del DIPrivato: una *European conflict of laws revolution*», *RDIPP*, 2000, pp. 873-884; H. GAUDEMET TALLON, «Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la Convention CEE n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)», *RTDE*, 1981, pp. 215-285; U. VILLANI, «Aspetti problematici della prestazione caratteristica», *RDIPP*, 1993, pp. 513-540; M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 428-430; C.G.J. MORSE, «The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations», *European Yearbook of International Law*, 1983, vol.2, pp. 107-171; TH.M. DE BOER, «The EEC Contracts convention and the Dutch Courts, A Methodological Perspective», *RabelsZ.*, 1990, pp. 24-62.

¹²⁷ I. DE WINTER, «Considerazioni sulla legge della prestazione caratteristica», *Diritto Internazionale*, 1971 (I), pp. 227-247;

84. Las raíces de esta teoría se hallan en una resolución del Instituto de Derecho internacional adoptada en su sesión celebrada en Florencia en 1908, sobre los trabajos de ROLIN y VON BAR, titulada “*Règles sur la détermination de la loi qui doit régir les obligations contractuelles à titre de droit supplétif*” y cuyos Rapporteurs fueron HEINRICH HARBURGER y LUDWIG VON BAR. La resolución afirmaba que, en ausencia de elección de Ley por las partes, la Ley aplicable al contrato y a sus efectos debía deducirse “*de la naturaleza del contrato, de la condición relativa del las partes o la situación de la cosa*”. Tras ello, la resolución contenía una serie de disposiciones, -que eran, en realidad “*presuntiones juris*” (art. 7 Resolución)- para precisar el Derecho regulador de varios contratos específicos. Finalmente, se indicaba que “*en las ventas comerciales realizadas por un comerciante*”, debía aplicarse “*la ley del lugar del establecimiento comercial (lugar de negocios) del vendedor*” (= “*la loi du lieu de l’établissement commercial du vendeur*”). También se apostaba por la Ley del país del establecimiento del vendedor en algunos contratos especiales como los contratos de seguros, rentas vitalicias, contratos de servicios, etc. Se indicaba además que, si los anteriores criterios no podían funcionar, debía aplicarse la del domicilio común de las partes, y a falta de un domicilio común, la ley nacional común, y si a falta de estos dos criterios, debía aplicarse la ley del lugar de celebración del contrato¹²⁸. También NOLDE presentó, en 1925, un informe al *Institut de Droit International* en el que abogaba por la aplicación de la Ley del lugar donde se debía ejecutar la obligación principal o característica¹²⁹. En efecto, en sus inicios, algunos defensores de esta teoría apoyaban la solución basada en la aplicación de la Ley del país de la sede del prestador característico, mientras que otros expertos abogan, sin embargo, por la Ley del país de ejecución de la prestación característica, un claro residuo bartolista. Posteriormente, la doctrina y jurisprudencia suizas prefirieron, de modo casi unánime, la aplicación de la Ley del país de la *sede* del prestador característico, como explica E. VITTA¹³⁰.

85. Fue, sin embargo, A.F. SCHNITZER el autor que diseñó plenamente y con extrema brillantez y maestría esta teoría: el contrato está anclado intrínsecamente en el país donde desarrolla su función económica y social y dicho país es el correspondiente a la sede del prestador característico¹³¹. En realidad, esta teoría cuenta con una múltiple justificación, brillantemente explicada por L.F. CARRILLO POZO¹³².

A.F. SCHNITZER, «Les contrats internationaux en droit international privé suisse», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1968, vol.123, pp. 541-636; ID., *Handbuch des internationalen Privatrech*, Basilea, 1944, pp. 515-519; G. KAUFMANN-KOHLER, «La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l’influence de la Suisse», *ASDI*, 1989, pp. 195-240; M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, Giuffrè, 1989; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 290. El estudio más completo al respecto en la doctrina española es el de L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: la prestación característica*, Bolonia, Studia Albornotiana, 1994.

¹²⁸ El texto de la resolución del IDI «*Règles sur la détermination de la loi qui doit régir les obligations contractuelles à titre de droit supplétif*» puede verse en: <https://www.idi-ii.org/app/uploads/2019/06/Annexe-1-Compilation-de-R%C3%A9solutions-FR.pdf>. Vid. sobre la misma y sobre la génesis de esta teoría, F. VISCHER, «The concept of the Characteristic Performance Reviewed», *E pluribus Unum / Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520; ID., «The Principle of the Typical Performance in International Contracts and the Draft Convention», en K. LIPSTEIN (Ed.), *Harmonization of Private International Law by the EEC*, London, 1978, pp. 25-30; *Annuaire IDI*, 1908, vol.22, p. 289; U. VILLANI, «Aspetti problematici della prestazione caratteristica», *RDIPP*, 1993, pp. 513-540, esp. pp. 516-517.

¹²⁹ *Annuaire de Institut de Droit International*, vol. 32, 1925, pp. 103-108 ss.; U. VILLANI, «Aspetti problematici della prestazione caratteristica», *RDIPP*, 1993, pp. 513-540, esp. pp. 516-517.

¹³⁰ E. VITTA, “La convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l’ordinamento italiano”, *RDIPP*, 1981, vol.XVII, 1981, pp. 837-X52; ID., “L’incidenza della Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali”, *L’influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milán, Giuffrè, 1982, pp. 389-409; ID., “Influenze americane nella convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali”, *RDIPP*, 1983, vol.XIX, pp. 261-278, esp. p. 263; M. GIULIANO, «Expertise de droit international privé. Partie A. La loi applicable aux obligations contractuelles et extracontractuelles», julio 1970, *Comisión de las Comunidades Europeas, Direction générale du marché intérieur et du rapprochement des législations*, en CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La Convenzione di Roma*, pp. 459-495.

¹³¹ A.F. SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrech*, Basilea, 1944, pp. 515-520; A.F. SCHNITZER, «Les contrats internationaux en droit international privé suisse», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1968, vol.123, pp. 541-636.

¹³² Vid. L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional, la prestación característica*, Bolonia, 1994, la monografía más completa y profunda publicada en España sobre la Ley aplicable a los contratos en defecto de elección en el Convenio de Roma de 19 junio 1980.

En primer lugar, se observa una justificación institucional de la misma porque la teoría apunta a la aplicación de la ley del Estado cuya vida económica se ve mayormente afectada por el contrato internacional. En efecto, la teoría lleva a aplicar la Ley del mercado mayormente afectado y, de ese modo, asegura que el contrato que afecta a la economía de un país queda regido por la Ley de dicho país. En otros términos puede afirmarse que, gracias a esta teoría, la economía de un país queda sujeta a la Ley de dicho país. Por eso es una justificación institucional, porque el mercado, que es una institución, queda sujeto a la Ley del Estado que controla y regula dicho mercado. De esa forma, un Estado puede dirigir y gobernar su mercado al quedar asegurada la aplicación de sus leyes a su mercado de bienes y servicios. Así, un contrato internacional está conectado, por definición, con varios países, pero existe un país cuya economía se ve afectada en mayor medida. Se trata del Estado en el que tiene su sede el prestador característico, porque, en efecto, es el país donde normalmente se produce, se fabrica, se elabora la mercancía o el servicio. Es el país donde están las fábricas, es el país donde se contrata personal laboral, es el país donde el profesional desarrolla su actividad económica material de fabricación de los bienes que van a ser exportados. Es el país, por tanto, cuya economía se ve más afectada por el contrato internacional y por las obligaciones que éste genera. Frente a ello, la economía y la vida económica del Estado donde se encuentra radicado el comprador, -el otro contratante, el prestador no característico-, no se ve afectada en la misma medida. En dicho otro país no se lleva a cabo ningún proceso productivo. Es el país desde donde, simplemente, se envía el dinero para pagar lo que se ha fabricado en otro Estado. Esta justificación institucional de la teoría de la prestación característica puede observarse en las acertadas y sugerentes frases del informe GIULIANO / P. LAGARDE anejo al Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales¹³³.

En segundo lugar, se afirma que la teoría afianza la seguridad jurídica y la previsibilidad de la Ley aplicable a un contrato internacional. En presencia de un contrato vinculado con varios países, la teoría conduce a la aplicación de la Ley más previsible para las partes. La mercancía se fabrica y se prepara en un país, en el país donde ha sido producida. Es un dato bien conocido por ambas partes, una circunstancia de hecho que es evidente para las mismas. Ningún contratante puede argumentar que desconoce el país donde ha sido producido el bien a exportar, que es, normalmente, el país donde el vendedor, -el prestador característico-, tiene su sede o establecimiento comercial. En definitiva, este punto de conexión facilita una precisión rápida y directa de la Ley del contrato. Ayuda a concretar una noción demasiado fluida y vaga como es la noción de “país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos”, apunta U. VILLANI¹³⁴. De este modo, la presunción general, indica P. LAGARDE, es especialmente útil en relación con los contratos que presentan elementos espacialmente muy dispersos, esto es, contratos que presentan contactos con múltiples países¹³⁵. En el fondo, el sistema de la presunción basado en la prestación característica del contrato es un punto de equilibrio entre el método flexible anglosajón y el método de los puntos de conexión rígidos que se seguía en países de Derecho Civil como Italia.

En tercer lugar, la teoría beneficia en mayor medida al productor y fabricante de bienes y proveedor de servicios y, con ello, potencia la economía mundial y el progreso económico del planeta. La teoría lleva a aplicar la Ley que el prestador característico conoce en mayor medida: es la ley de su país, la ley del Estado en cuyo territorio despliega su actividad económica. Con ello, el prestador característico, que suele ser el fabricante de bienes, consigue la unidad de ley aplicable: la Ley del país donde tiene su sede rige tanto el proceso de fabricación de los bienes como el acto de su venta o exportación a otro país. El productor de bienes o prestador de servicios sólo debe informarse sobre el contenido de una

¹³³ M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19: «Por otra parte, es posible buscar el concepto de la prestación característica en una idea todavía más general, a saber, la idea de que esta prestación contempla la función que la relación jurídica en cuestión ejerce en la vida económica y social del país. Básicamente, el concepto de la prestación característica permite relacionar el contrato con el medio socioeconómico en el que vaya a insertarse».

¹³⁴ M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19; U. VILLANI, «Aspetti problematici della prestazione caratteristica», *RDIPP*, 1993, pp. 513-540.

¹³⁵ P. LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *RCDIP*, 1991, pp. 287-340, esp. p. 310.

sola Ley estatal, la suya. Precisamente por ello, el vendedor puede estandarizar y normalizar sus ventas: en defecto de elección de Ley, todos los contratos de venta que firma un exportador quedan sujetos a la misma Ley, que, además, es la Ley de su propio país, la Ley del estado donde se encuentra establecido. Ello ahorra costes al productor, de modo que la teoría fomenta la producción y la fabricación de bienes y la prestación de servicios. En una economía de mercado globalizada, el fomento de la actividad económica se consigue mediante la reducción de los costes que debe asumir el fabricante, lo que le permite ser competitivo en un mercado mundial. La teoría, en suma, potencia la actividad empresarial en el mundo. La presunción general favorece, así, la aplicación de la “Ley de la empresa”. La presunción general (art. 4.2 CR) conduce a la aplicación del Derecho del país en el que normalmente opera el prestador característico. Incentiva a éste a la contratación internacional, pues favorece la aplicación de su propia Ley, con la que está habituado a contratar. Con ello se premia al contratante que afronta más gastos y obligaciones más onerosas para poder ofrecer al mercado internacional los bienes o servicios, según expone acreditada doctrina (O. LANDO, M. MAGAGNI, A. GIARDINA, A. BONOMI, etc.)¹³⁶. Es la parte que más arriesga, indican F. VISCHER y U. VILLANI, pues para ofrecer la prestación característica en los mercados internacionales, debe realizar inversiones costosas, mantener una estructura empresarial de producción y distribución, etc.¹³⁷. El Derecho internacional privado le incentiva a contratar cuando se hace aplicable la Ley del país donde normalmente opera social y económicamente, subraya A.F. SCHNITZER: se aplica la Ley del país en cuyo contexto socio-económico se inserta el contrato¹³⁸. Además, de esa forma, la empresa podrá reducir costes, con lo que sus clientes saldrán beneficiados. Así las cosas, la presunción general del art. 4.2 CR ayuda a la *standarización* de la actividad contractual internacional del profesional, indica P. MAYER¹³⁹. Merece una valoración positiva desde el punto de vista de la economía libre de mercado en el contexto internacional. En efecto, favorece lo que M. VIRGÓS llama, con acierto y sagacidad, la “localización eficiente del contrato”: el Derecho internacional privado potencia así la eficiencia, la solución que menos costes genera para las partes en el contrato¹⁴⁰. Como es lógico, esta justificación sólo es válida cuando el prestador característico es un profesional de la contratación internacional y el otro contratante es un mero cliente que opera sólo ocasionalmente en la contratación internacional, según pone de relieve A. KASSIS en su brillante texto¹⁴¹. Es en este caso cuando la presunción responde al principio de proximidad o de los vínculos más estrechos: cuando un profesional, -prestador característico-, contrata con un cliente, ambos sujetos esperan ver aplicada, salvo prueba en contrario, la Ley del país de la sede del profesional.

En cuarto lugar, el bien sale al mercado a un coste reducido, lo que, como se ha indicado, beneficia al fabricante y exportador. Por ello se dice, también, que con ello, el exportador puede reducir el precio final de venta y que, así, el adquirente de los bienes también se ve beneficiado. El contrato se

¹³⁶ O. LANDO, “The EEC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations. Introduction and Contractual Obligation”, *RabelsZ*, 1974, pp. 6-55; A. BONOMI, “Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti: la convenzione di Roma del 19 giugno 1980 è entrata in vigore”, *Banca, Borsa, titoli de credito*, 1992 (I), pp.36-46; M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 164-168; TH.M. DE BOER, “The EEC Contracts convention and the Dutch Courts, A Methodological Perspective”, *RabelsZ.*, 1990, pp. 24-62; P. LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *RCDIP*, 1991, pp. 287-340, esp. pp.307-309; A. GIARDINA, «La Convenzione comunitaria sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e l’ordinamento italiano», *RDI*, 1981, vol.LXIV, pp. 795-820; ID., «Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo», en AA.VV., *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, XV Tavola rotonda di diritto comunitario (Génova 21-22 mayo 1982), Padova, Cedam, 1983, pp. 2-22.

¹³⁷ U. VILLANI, «Aspetti problematici della prestazione caratteristica», *RDIPP*, 1993, pp. 513-54, esp. p. 520; F. VISCHER, “The Principle of the Typical Performance in International Contracts and the Draft Convention”, en K. LIPSTEIN (Ed.), *Harmonization of Private International Law by the EEC*, London, 1978, pp. 25-30.

¹³⁸ A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 293: «Voilà le noeud de l’explication». La explicación original de A.F. SCHNITZER fue retomada por M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19.

¹³⁹ P. MAYER, *Droit international Privé*, Montchrestien, Paris, 1998, p. 477.

¹⁴⁰ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, *Estudios homenaje Prof.A.Menéndez*, Madrid, 1996, T.IV, pp. 5302-5303, esp. p. 5305.

¹⁴¹ A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 294.

convierte, así, en una operación comercial que supone un coste limitado para ambas partes. Por tanto, es conveniente para ambas partes, lo que, en definitiva, fomenta el comercio internacional tanto en las economías de importación como en las de exportación.

86. Esta teoría, por otra parte, permitía superar el complejo sistema alemán de la escisión legal del contrato según los lugares de ejecución del mismo, como indican P. KAYE y K. LIPSTEIN¹⁴². La explicación de A.F. SCHNITZER y de la jurisprudencia suiza fue tomada literalmente por el Informe GIULIANO/LAGARDE anejo al Convenio de Roma de 19 junio 1980 para justificar la presunción de la prestación característica: el contrato se rige, a falta de elección de Ley por los contratantes, por la Ley del país de la sede o residencia habitual del prestador característico. Curioso es: una teoría gestada fuera de la entonces Comunidad Europea, -y que no se seguía en ningún país de dicho club comunitario-, inspiró las soluciones de un convenio comunitario europeo, como han destacado C.G.J. MORSE y P.M. NORTH¹⁴³.

87. La noción de “prestación característica” no viene definida en el Convenio de Roma de 19 junio 1980. Sí se recoge en el Informe GIULIANO / LAGARDE adjunto al Convenio: la prestación característica es “aquella por la que se debe el pago”¹⁴⁴. Es “la prestación no dineraria” (*Nicht-Geldleistung*). Así, la prestación característica es la entrega de cosa en la compraventa, la atribución del uso y disfrute del bien en el arrendamiento, la prestación de servicios en el contrato entre el abogado y su cliente, etc. Es la prestación que diferencia cada contrato de los demás, visto que el “pago del precio” es una prestación común a muchos contratos. En efecto, como expresa el Informe GIULIANO / LAGARDE, “en los contratos bilaterales (sinalagmáticos) en los que los contratantes se obligan mutuamente a prestaciones recíprocas, la contraprestación de una de las partes, en la economía moderna, consiste habitualmente en dinero, por lo que dicha prestación no es característica del contrato”¹⁴⁵. Para fijar la prestación característica de un contrato debe partirse de un análisis de la categoría o *tipo contractual* de que se trate, -ad ex. préstamo, leasing, factoring, compraventa, agencia, etc.-, y no de las circunstancias fácticas del contrato. El conceptualismo prima sobre la casuística en este razonamiento, subraya U. VILLANI¹⁴⁶.

88. La presunción general a favor de la Ley de la residencia habitual del prestador característico, contenida en el art. 4.2 CR, ha sido objeto de severas críticas por varios motivos.

En primer lugar, una crítica política indica que la tesis de la prestación característica refuerza la posición del contratante fuerte. Ello produce dos efectos negativos. En primer lugar en los contratos celebrados entre empresas exportadoras de países industrializados y los importadores del tercer mundo, se beneficia a los exportadores del primer mundo en perjuicio de las empresas de los países más pobres, como han puesto de relieve, entre otros, A. GIARDINA y F.K. JUENGER¹⁴⁷. En segundo término, igualmente,

¹⁴² P. KAYE, *The new Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, 1993, p. 188; K. LIPSTEIN, “Characteristic Performance. A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contracts for the EEC”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, 1981, pp. 402-423, esp. pp. 402-423.

¹⁴³ C.G.J. MORSE, “The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations”, *European Yearbook of International Law*, 1983, vol.2, pp. 107-171, esp. p. 127; P.M. NORTH, “Reform (but not revolution)”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1990, vol.220, pp. 152-205, esp. p. 186.

¹⁴⁴ M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 292.

¹⁴⁵ M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19;

P. LAGARDE, «Examen de l’avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *TCFDIP*, 1971-1973, pp. 147-201, esp. p. 155.

¹⁴⁶ M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19; U. VILLANI, «Aspetti problematici della prestazione caratteristica», *RDIPP*, 1993, pp. 513-540 esp. pp. 518-519.

¹⁴⁷ F.K. JUENGER, «The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: Some Critical Observations», *Virginia Journal of International Law*, 1981, vol.22. pp. 123-141; Id., «Parteiautonomie und objektive Anknüpfung im EG-Ubereinkommen zum Internationalen Vertragsrecht. Eine Kritik aus amerikanischer Sicht», *RahelsZ*, 1982, pp. 57-82; A. GIARDINA, «La Convenzione comunitaria sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e l’ordinamento italiano», *RDI*, 1981, vol.

la tesis conduce a fortalecer la posición del contratante más poderoso en los casos en que intervienen en el contrato partes con desigual poder contractual, como es el caso del contrato celebrado entre una gran empresa multinacional y un pequeño comerciante minorista. En definitiva, se refuerza la aplicación de la Ley del banco, de la Ley de la gran empresa aseguradora, de la Ley del país del libre profesional, -médico, abogado, consultor-, etc. Como escribió H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, la tesis de la prestación característica se construyó “para beneficiar a los suizos que ejercen de hoteleros y de fabricantes de relojes de cuckoo”¹⁴⁸.

En segundo lugar, una crítica “interna”. Otros autores han indicado que la presunción basada en la prestación característica es, hoy día, poco útil, y ello por tres motivos. Por un lado, la división de los contratos en “tipos contractuales” no tiene por qué realizarse atendiendo a su prestación característica. La división de los contratos en “tipos” nada tiene que ver con la precisión de la Ley aplicable en casos internacionales. En efecto, piénsese en el contrato de edición. Cuando se edita un texto de gran difusión, es el editor el que paga al autor; cuando se edita una obra de escasa difusión, es el autor el que paga para ver publicada su obra. Siendo el mismo “tipo de contrato”, la prestación característica cambiaría según los casos, lo que no coincide con las tesis que defienden los partidarios de la teoría de la prestación característica: cada “tipo de contrato” puede tener distintas prestaciones características y no una sola (U. VILLANI, H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA)¹⁴⁹. Por otro lado, el concepto de prestación característica resulta, en la actualidad, inadaptado al método conflictual y está “en pleno proceso de erosión”. Es, hoy día, un arcaísmo. En efecto, en la contratación internacional, los contratos más frecuentes son atípicos, mixtos y complejos, -como sucede en el contrato de *countertrade*, *joint venture*, edición, *franchising*, etc.-, contratos en los que no es posible identificar una prestación característica (G. KAUFMANN-KOHLER, A. KASSIS)¹⁵⁰. En tercer término, la presunción de la prestación característica tiene un alcance limitado a los contratos que implican un intercambio de cosas o servicios por dinero (*Pecuniary Principle*)¹⁵¹. Por tanto, la presunción no opera en relación con contratos internacionales que no responden al esquema de intercambio simple de cosas o servicios por dinero. El alcance real de la presunción resulta, así, muy limitado. Ello es criticable: la presunción resulta tener un “corto alcance”. Funciona sólo en escasos supuestos y por ello desarrolla un papel más bien modesto, escribe U. VILLANI¹⁵². La Ley aplicable a multitud de contratos internacionales que no responden a dicho esquema de intercambio simple de cosas o actividades por dinero, no puede fijarse a través de la presunción de la prestación característica: contratos de edición, coproducción audiovisual, concesión exclusiva, numerosos contratos de distribución, *joint-venture*, etc.

En tercer lugar, una crítica “sustancial”. La crítica fundamental a la presunción de la prestación característica, la más dura e implacable es ésta: la aplicación de la Ley del país de sede de la empresa = prestador característico sólo está justificada cuando se trata de contratos entre un profesional de la contratación internacional, -que es el prestador característico, un sujeto acostumbrado a celebrar constantemente contratos internacionales-, y su cliente, un no profesional, para el que el contrato internacional es algo accidental, un acto aislado. En tal caso, la aplicación de la Ley del país del prestador característico incentiva la contratación internacional: todos los contratos que celebra el prestador característico quedan sujetos, salvo elección de Ley, al mismo Derecho estatal, a su Derecho. Se potencia la aplicación de una

LXIV, pp. 795-820. También H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, «*Characteristic obligation in the Draft EEC Obligation Convention*», *AJCL*, 1977, vol.25, pp. 303-331; P.H. NEUHAUS, *Grundbegriffe des IPR*, 2ª ed., Tübingen, 1976, pp. 387-494.

¹⁴⁸ H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, «*Characteristic obligation in the Draft EEC Obligation Convention*», *AJCL*, 1977, vol.25, pp. 303-33, esp. p. 328, aunque lo cierto es que la fabricación de dichos relojes es una especialidad alemana, y no suiza, como subraya F. VISCHER, «*The concept of the Characteristic Performance Reviewed*», *E pluribus Unum / Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520, esp. p. 506 y nota [27].

¹⁴⁹ H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, «*Characteristic obligation in the Draft EEC Obligation Convention*», *AJCL*, 1977, vol.25, pp. 303-331; U. VILLANI, «*Aspetti problematici della prestazione caratteristica*», *RDIPP*, 1993, pp. 513-540, esp. pp. 524-525.

¹⁵⁰ G. KAUFMANN-KOHLER, «*La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse*», *ASDI*, 1989, pp. 195-220; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 302 nota [32]: «*Plus les prestations réciproque sont nombreuses, plus les contrats deviennent complexes et plus il devient difficile de trouver le fil d'Ariane, qui conduit à la prestation caractéristique dans les dédales du contrat. Avec le développement du commerce international, la notion de prestation caractéristique est en passe de devenir un archaïsme*».

¹⁵¹ M. GIULIANO / P. LAGARDE, «*Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19.

¹⁵² U. VILLANI, «*Aspetti problematici della prestazione caratteristica*», *RDIPP*, 1993, pp. 513-540, esp. p. 530.

Ley única y además es una Ley familiar al contratante profesional de la contratación internacional. Con ello, el profesional = prestador característico rebaja costes, lo que beneficia a todos los participantes en el comercio internacional. A ello se refería A.F. SCHNITZER cuando al diseñar la teoría de la prestación característica, entendía que el contrato se insertaba en el medio socio-económico del prestador característico: el país de la sede del profesional. Sin embargo, la explicación de A.F. SCHNITZER sólo sirve para los contratos en los que el prestador característico es un profesional y el prestador pecuniario, un mero cliente que opera ocasionalmente en la contratación internacional.

89. En el fondo, por tanto, y como consecuencia de la crítica interna y de la crítica sustancial, se descubre que el art. 4.2 CR tiene un “radio de acción limitado”: sólo debe aplicarse para determinar la Ley aplicable a los contratos entre profesional = prestador característico y cliente no profesional = prestador no característico, y siempre que se trate de contratos que responden a un intercambio simple de cosas o servicios por dinero. Los redactores del art. 4.2 CR sólo contemplaron y regularon este caso, no otros casos, como ha denunciado A. KASSIS¹⁵³. Se producen así inevitables lagunas legales. Algunas son lagunas legales explícitas: el art. 4.2 CR excluye expresamente determinados contratos, aquéllos que carecen de prestación característica. Otras son lagunas legales ocultas o lagunas axiológicas: aunque ciertos contratos caen formalmente bajo el ámbito objetivo de la norma (art. 4.2 CR), la intención del legislador no fue regular dichos contratos. Por tanto, están igualmente excluidos del art. 4.2 CR.

90. Junto a la presunción fuerte y general basada en la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico, el convenio contenía una cláusula de escape en su art. 4.5 CR: «Las presunciones de los apartados 2, 3 y 4 quedan excluidas cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país». El Convenio combina en un justo equilibrio los puntos de conexión rígidos, pensados para casos normales y los puntos de conexión flexibles, diseñados para supuestos excepcionales, supuestos en los que la conexión del caso con el país de la residencia habitual del prestador característico es débil, artificial, no significativa. De ese modo, con esta “separación de grupos casos” se refuerza la seguridad jurídica. Sólo en presencia de casos extraordinarios, los jueces deben activar esta cláusula y se evita que el sistema opere de forma arbitraria, inestable y poco previsible, lo que conjura las críticas de ciertos autores, como W. WENGLER, temerosos de que un método anglosajón en la determinación de la Ley aplicable a los contratos haga imposible saber, *ex ante*, cuál es la Ley que rige el contrato¹⁵⁴.

La cláusula de escape recogida en el art. 4.5 CR obedece al principio de proximidad. Éste significa que el contrato debe quedar sujeto a la Ley estatal cuya aplicación al contrato sea más fácilmente previsible por los contratantes. Principio de proximidad equivale a principio de previsibilidad de la Ley aplicable. Como expresa P.E. NYGH, se trata de dejarse guiar por “*the reasonable expectations of the parties*”¹⁵⁵. Esta versión del principio de proximidad no tiene en cuenta el contenido de los Derechos estatales potencialmente aplicables.

91. La determinación casuística de la Ley del contrato *ex art. 4.5 CR* es una operación complicada. Se abandona la técnica de los puntos de conexión rígidos y se acepta una metodología tópica, del caso por caso, en la que prima la argumentación más convincente, como expone con autoridad M. VIRGÓS¹⁵⁶. Se trata de una operación particularmente compleja para los jueces continentales, no habituados a

¹⁵³ A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 295.

¹⁵⁴ W. WENGLER, «L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable», *RCDIP*, 1990, pp. 663-683, esp. pp. 667-668: «*la clause échappatoire constitue une violation de ce droit fondamental qu'est le droit à la certitude du droit*».

¹⁵⁵ P. HAY, «Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on Current European and United States Conflicts Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1991, vol.226, pp. 281-412, p. 363; P.E. NYGH, “The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1995, vol.251, pp. 269-400, esp. pp. 331-332.

¹⁵⁶ “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, *Estudios homenaje Prof.A.Menéndez*, Madrid, 1996, T.IV, pp. 5302-5303, esp. p. 5297.

esta metodología, más propia del *Common Law*. Sufren un *Jet-Lag* conflictual. Para evitarlo, es necesario proporcionar modelos poderosos de *rational choice of law* que permitan hallar con facilidad el país más vinculado al contrato y la Ley que los contratantes esperan ver aplicada. Gracias a ello la cláusula contenida en el art. 4.5 CR evita la arbitrariedad judicial, explica K.H. NADELMANN, y elimina un recurso cómodo y sencillo, pero sin duda dañoso para las partes, en favor de la *lex fori*, apunta E. VITTA¹⁵⁷.

92. En suma, el intérprete debe ponderar los “contactos” del concreto contrato con distintos países. Debe realizar un *Balancing Test* o proceso de *Counting and Weighing Contacts*: un “test” de los contactos del contrato con distintos países. Debe seguir un razonamiento “caso por caso”, contrato por contrato: cada contrato tiene sus vinculaciones y contactos específicos. Como expresan E. VITTA y M. VIRGÓS, deben tenerse en cuenta todos los elementos y contactos del contrato en cuestión¹⁵⁸. El Convenio de Roma no establece una “tabla cerrada” de contactos a valorar: todos cuentan y no todos pesan lo mismo en el razonamiento jurídico. Si todos los contactos tuvieran el mismo “potencial localizador”, la determinación del Derecho aplicable sería, en muchos casos, imposible. Como escribe P.E. NYGH, “to make it [principle of proximity = closest connection test] workable, guidance is needed”¹⁵⁹.

93. Los elementos con un “potencial localizador fuerte” son los que permiten prever a las partes fácilmente cuál es el Derecho aplicable al contrato. Son contactos que refuerzan el *principio de previsibilidad* de la Ley aplicable. Los elementos con un “potencial localizador débil” son los que por sí mismos no permiten a las partes prever la Ley aplicable al contrato. Sólo ayudan, indiciariamente, a ello. Entre los elementos con un “potencial localizador fuerte”, los más importantes son tres, en este orden: (1) El *lugar de ejecución del contrato*, cuando se trata de contratos celebrados y ejecutados íntegramente en *mercados regulados*, como subastas y bolsas, presenta el más alto potencial localizador. Ambos contratantes esperan ver aplicado el Derecho del país = mercado en el que contratan y en el que cumplen sus prestaciones¹⁶⁰. Es lógico y previsible que tal Derecho rijan el contrato; (2) La sede del *contratante profesional* es el segundo elemento relevante: el art. 4.2 CR lo utiliza como conexión. En los contratos entre profesional y cliente, ambos contratantes esperan ver aplicada la Ley del país de la sede del contratante profesional. El contrato se inserta en el contexto comercial del país de la sede del profesional: es normal que ambos contratantes esperen ver aplicada la Ley de dicho país. Este elemento opera también cuando el contratante profesional no es el prestador característico, sino el pagador. Pero dicho elemento sólo opera, lógicamente, cuando uno de los contratantes es un profesional de la contratación internacional y el otro es un mero cliente que interviene esporádicamente en la contratación internacional; (3) El contexto económico en el que ha sido celebrado el contrato (*International Stream-Of-Commerce Doctrine*) es el tercer elemento en orden a su potencial localizador. Cuando el contrato se celebra previa oferta o publicidad dirigida a empresas de un Estado determinado, ambas partes esperan ver aplicada la Ley de dicho Estado. Estos tres elementos sirven como pautas o guías para ayudar a encontrar el país más estrechamente vinculado con el supuesto. No son criterios rígidos. Por ello, es posible que en un caso concreto, se demuestre que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país, caso en el cual la Ley de dicho país rige el contrato. Los demás elementos y contactos del contrato tienen un “potencial localizador débil”. Por sí mismos no facilitan a los contratantes la previsión de cuál es el país más vinculado con el contrato: tipo contractual, naturaleza y ubicación de la prestación, lugar de celebración, lugar de negociación, idioma del contrato, tribunal elegido por las partes, moneda de pago, nacionalidad

¹⁵⁷ K.H. NADELMANN, «Impressionism and Unification of Law: The EEC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations», *AJCL*, 1976, vol.24, pp. 1-21, esp. pp. 12-13; E. VITTA, «La convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano», *RDIPP*, 1981, vol.XVII, 1981, pp. 837-852, esp. p. 850.

¹⁵⁸ E. VITTA, “Influenze americane nella convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali”, *RDIPP*, 1983, vol.XIX, pp. 261-278, esp. p. 272; M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, *Estudios homenaje Prof.A.Menéndez*, Madrid, 1996, T.IV, pp. 5302-5303, esp. pp. 5295-5296.

¹⁵⁹ P.E. NYGH, “The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1995, vol.251, pp. 269-400, esp. p. 332.

¹⁶⁰ M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 454-460.

de las partes, etc. Estos elementos sólo ayudan, indiciariamente, a saber cuál es el país más vinculado con el contrato. El TJUE indica que tales elementos “*carecen de verdadero valor de conexión*” (STJCE 6 octubre 2009, C-133/08, *Intercontainer Interfrigo*, FD 50)¹⁶¹.

VII. El Reglamento Roma I: el regreso a los puntos de conexión rígidos

1. El principio de proximidad se desvanece

94. La Ley aplicable a los contratos internacionales celebrados después del 17 diciembre 2009 se determina, en todos los Estados miembros excepto Dinamarca, con arreglo al Reglamento 593/2008 de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como “Reglamento Roma I” (arts. 28-29 RR-I). Este Reglamento constituye, en el momento presente, el centro del paisaje contractual europeo, expresa H. KENFACK¹⁶². El Reglamento Roma I recoge, sustancialmente, el texto del Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 junio 1980. La Comisión UE redactó una propuesta para transformar dicho Convenio en un Reglamento de la UE (Doc COM (2005) 650 final de 15 diciembre 2005). No obstante, el texto final del Reglamento Roma I ha aprovechado el momento de la “transformación” del Convenio de Roma en el Reglamento Roma I, para realizar también cambios sobre el texto de dicho Convenio y para introducir ciertas innovaciones de importancia en la regulación de los contratos internacionales (“*fine-tuning of Rome I*”), como escriben P.A. NIELSEN / O. LANDO¹⁶³. Una de las más importantes innovaciones y cambios es el paso de un sistema de equilibrio entre la rigidez y la flexibilidad a la hora de determinar la Ley aplicable al contrato en efecto de elección (= sistema seguido por el Convenio de Roma de 19 junio 1980) a un sistema claramente escorado hacia la rigidez, afirman D. BUREAU / H. MUIR WATT¹⁶⁴.

95. El Reglamento Roma I coloca al criterio “elección de ley por las partes”, en la cúspide del zigurat conflictual: el contrato se rige por la “Ley elegida por las partes”, siempre que la elección de la Ley del contrato sea válida y se ajuste a los términos del art. 3 RR-I. Hasta aquí continuidad. El maestro CH. DU MOULIN sigue presente en el siglo XXI y en lo más alto se mantiene. Siglos de historia del Derecho internacional privado nos contemplan. Se confirma, pues, el primer criterio para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales. Sin embargo, en relación con la Ley aplicable al contrato en defecto de elección por las partes, diversas sorpresas sugestivas esperan a los juristas expertos en Derecho internacional privado escondidas en el art. 4 RR-I. El equilibrio alcanzado por el Convenio de Roma de 19 junio 1980 va a desaparecer como un azucarillo en un vaso de agua.

96. A falta de elección de Ley, o si dicha elección de Ley resulta inválida, el art. 4 RR-I distingue ocho “tipos de contratos”, y se indica la Ley estatal que rige cada uno de esos ocho “tipos de contrato” (art. 4.1 RR-I). Es el llamado “*the list system*” muy bien expuesto por P.A. NIELSEN / O. LANDO¹⁶⁵. Ejemplo: el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la Ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual. Y así sucesivamente. Lo relevante para determinar la Ley aplicable con arreglo al art. 4.1 RR-I es el “tipo de contrato”, -compraventa, arrendamiento, etc.-, y no las circunstancias de la concreta situación contractual -residencia y nacionalidad de las partes, lugar de ejecución, etc.-, ni tampoco la cantidad y calidad de las prestaciones que deben llevar a cabo los contratantes.

¹⁶¹ STJUE 6 octubre 2009, C-133/08, *Intercontainer Interfrigo* [ECLI:EU:C:2016:40].

¹⁶² H. KENFACK, “Le Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (“Rome I”), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *Journal de droit international Chunet*, 2009, pp. 2-39.

¹⁶³ P.A. NIELSEN / O. LANDO, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 2008, pp. 1687-1725.

¹⁶⁴ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome II Partie spéciale, 3^a ed., Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2014, pp. 310: «*privilegiant opportunément la rigidité sur la flexibilité, le texte nouveau a cependant été exposé à diverses critiques, d'autant plus vives que l'arbitraire des rattachements comme le caractère inadapté des solutions auxquelles ils pourraient conduire ont été dans le même temps dénoncés*».

¹⁶⁵ P.A. NIELSEN / O. LANDO, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 2008, pp. 1687-1725.

En el caso de que el contrato no sea uno de esos “ocho contratos típicos” o cuando el contrato sea una combinación de varios de esos ocho contratos, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato (art. 4.2 RR-I). Lo relevante para determinar la Ley aplicable con arreglo al art. 4.2 RR-I no es el “tipo de contrato”, -licencia de patente, permuta, etc.-, ni tampoco las circunstancias de la situación contractual -residencia y nacionalidad de las partes, lugar de ejecución, lugar de negociación, etc.-, sino la cantidad y calidad de las prestaciones que deben llevar a cabo los contratantes en el contrato del que se trate en el caso concreto.

Los contratos no incluidos en la lista de ocho contratos que recoge el art. 4.1 RR-I y que también carecen de prestación característica (art. 4.2 RR-I), se regirán por la Ley del país con el que presenten los vínculos más estrechos (art. 4.4 RR-I), que se determina de igual modo que mediante el art. 4.3 RR-I, es decir, mediante un análisis de todas las circunstancias de la situación contractual -residencia y nacionalidad de las partes, lugar de ejecución, lugar de celebración, calidad y cantidad de las prestaciones derivadas del contrato, etc.-.

No obstante lo anterior, si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el art. 4.1 y 4.2 RR-I, entonces el contrato se regirá por la Ley de este otro país (art. 4.3 RR-I). Lo relevante para determinar la Ley aplicable con arreglo al art. 4.3 RR-I no es el “tipo de contrato”, -compraventa, arrendamiento, etc.-, ni tampoco exclusivamente la cantidad y calidad de las prestaciones que deben llevar a cabo los contratantes, sino todas las circunstancias de la concreta situación contractual -residencia y nacionalidad de las partes, lugar de ejecución, lugar de celebración, calidad y cantidad de las prestaciones derivadas del contrato, etc.-.

97. La estructura profunda (*l'économie du texte*) del art. 4 RR-I es muy sencilla. Regla primera: la Ley del contrato se determina con arreglo a una norma de conflicto que dispone de puntos de conexión extraordinariamente rígidos (art. 4.1 y 2 RR-I). Regla segunda: para casos excepcionales, se descarta el anterior punto de conexión rígido y se aplica la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato (art. 4.3 RR-I). Esto es: se da entrada a un sistema flexible de determinación de la Ley del contrato.

98. El legislador europeo ha buscado realizar en el art. 4 RR-I el objetivo general del Reglamento Roma I, que consiste en garantizar la “*seguridad jurídica en el espacio judicial europeo*” (Cons. 16 RR-I). Por ello, se han abandonado como soluciones generales, los puntos de conexión “flexibles” o “criterios abiertos” (*Approaches*) que necesitan ser concretados por el tribunal y que se basaban y se inspiraban en el principio de proximidad. Resulta curioso recordar que este sistema de la “lista rígida de contratos” con su punto de conexión correspondiente, ahora seguido por el legislador europeo (art. 4.1 RR-I) era el que se observaba en los países europeos socialistas en los años 60 y 70 del siglo XX (= *vid. ad ex.* §12.1 *Rechtsanwendungsgesetz* 5 diciembre 1975 DDR), como explica U. MAGNUS¹⁶⁶. La vida produce giros llamativos. Ha caído el muro de Berlín pero ciertos modos autoritarios todavía perviven escondidos, algunos de ellos, en el Derecho internacional privado europeo. La rigidez del razonamiento jurídico es prueba de un cierto autoritarismo.

99. El principio de proximidad (= vínculos más estrechos, *proper law of the contract*) ha sufrido un declive notable y notorio en este art. 4 RR-I. Esta reducción ha tenido lugar a través de diversos movimientos metodológicos perfectamente visibles en el Reglamento Roma I.

En primer lugar, el principio de proximidad ha sido descartado del art. 4 RR-I como “solución general” o “principio general” para determinar la Ley aplicable al contrato en defecto de elección. En efecto, el antiguo art. 4.1 CR, que indicaba que, en todo caso, el contrato queda sujeto a la Ley del país con el que presentaba los vínculos más estrechos, ha sido eliminado radicalmente del mapa del nuevo art. 4 RR-I.

En segundo lugar, los concretos puntos de conexión que determinan la Ley aplicable a la mayor parte de los contratos propios de la práctica comercial internacional ya no son una “traducción” o un “desarrollo

¹⁶⁶ E. Magnus, “Introduction”, en P. MANKOWSKI / U. MAGNUS [Eds.], *Rome I Regulation: commentary*, Köln, O. Schmidt, Sellier European Law Publishers, 2017, pp. 6-133.

concreto” del principio de proximidad (art. 4.1 y 2 RR-I). Tales puntos de conexión dejan de ser “presunciones” que conducen a la Ley del país más vinculado con el contrato, sino puntos de conexión rígidos cuya misión primordial es concretar de modo axiomático y matemático, la Ley aplicable al contrato, sea o no la Ley del país más estrechamente vinculado con el mismo, precisan L. RADICATI DI BROZOLO y F. SALERNO¹⁶⁷.

En tercer lugar, en el Reglamento Roma I, el principio de proximidad desempeña un papel modesto, subsidiario, arrinconado, que se concreta en varias proposiciones, bien presentadas por B. CORTESE¹⁶⁸. Primera: el principio de proximidad se emplea, en su formulación pura anglosajona, para precisar la Ley del contrato cuando éste no es uno de los “ocho contratos” relacionados en el art. 4.1 RR-I y, además, dicho contrato no dispone de una “prestación característica” (art. 4.4 RR-I). Es decir, el principio de proximidad opera en casos “residuales” o “subsidiarios”, como una mera “cláusula de cierre” (art. 4.4 RR-I). Segunda: el principio de proximidad opera también para determinar la Ley reguladora del contrato en casos excepcionales, esto es, cuando del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el art. 4, apartados 1 ó 2 RR-I (= cuando el punto de conexión seleccionado por el legislador pierde “valor conflictual” porque constituye un mero dato anecdótico que no ayuda a las partes a prever la Ley aplicable a su contrato). Es decir, el principio de proximidad opera en casos “excepcionales” (art. 4.3 RR-I) y extraordinarios y por ello puede afirmarse que dicho precepto recoge ahora una “cláusula de excepción” y no una “cláusula de escape”. De las normas rígidas del art. 4.1.a y 4.2 RR-I no se escapa nadie salvo en casos verdaderamente excepcionales y no porque el contrato esté más vinculado con el país B que con el país A, que es aquél cuyo Derecho rige el contrato con arreglo al art. 4.1 y 2 RR-I.

2. Puntos de conexión rígidos y abandono de las presunciones

100. Los puntos de conexión recogidos en el art. 4.1 RR-I no son “presunciones” para determinar, a través de los mismos, la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato. Se trata de puntos de conexión rígidos que conducen directamente al país cuya Ley regirá el contrato. Al no tratarse de “presunciones legales” que se hallan al servicio del principio de proximidad, estos criterios no pueden ser inaplicados con el argumento de que existe un país con el que el contrato está más estrechamente vinculado que el país a cuya Ley que conducen dichos criterios rígidos. Se trata de criterios rígidos y no de presunciones que pueden ser destruidas.

101. Los puntos de conexión recogidos en el art. 4.1 RR-I no responden necesariamente al principio de proximidad. Los puntos de conexión rígidos recogidos en el art. 4.1 RR-I no constituyen necesariamente criterios que buscan localizar el contrato en el país más estrechamente vinculado con dicho contrato, precisa S. FRANCO¹⁶⁹.

En ciertos supuestos, el art. 4 RR-I persigue favorecer a una de las partes del contrato. Así se aprecia, indican M.-E. ANCEL y P. PIRODDI, en los siguientes contratos: contrato de compraventa de mercaderías (art. 4.1.a RR-I), contrato de prestación de servicios (art. 4.1.b RR-I), contrato de franquicia (art. 4.1.e RR-I), y contrato de distribución (art. 4.1.f RR-I)¹⁷⁰. Así, el hecho de que la compraventa

¹⁶⁷ F. SALERNO, “Le conseguenze della proposta di regolamento “Roma I” sulla legge italiana di diritto internazionale privato”, en G. CARELLA (Ed.), *Il nuovo diritto europeo dei contratti, dalla Convenzione di Roma al regolamento “Roma I”*, Milano, 2007, pp. 179-195; L. RADICATI DI BROZOLO / F. SALERNO, “Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi - Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 1-8.

¹⁶⁸ B. CORTESE, “La proposta di regolamento «Roma I»: spunti critici sul collegamento obiettivo e rapporti con le convenzioni di diritto internazionale privato uniforme”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” - Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 41-49.

¹⁶⁹ S. FRANCO, “Le Règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Journal de droit international Clunet*, 2009, pp. 40-69.

¹⁷⁰ M.-E. ANCEL, “Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I”, *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 561-579; P. PIRODDI, “Incoterms e luogo di consegna dei beni nel regolamento Bruxelles I”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 939-970.

se rija por la Ley del país de la residencia habitual o sede del vendedor, favorece al vendedor más que al comprador (art. 4.1.a RR-I). En efecto, para el vendedor, contratar con arreglo a “su Ley” le comporta escasos costes de información y de comportamiento (= costes conflictuales reducidos). El vendedor está habituado a operar con arreglo a esa Ley y la conoce perfectamente. Por el contrario, el comprador bien puede no conocer la Ley del vendedor, de modo que informarse sobre dicha Ley le comportará costes de información muy elevados. Además, el comprador bien puede no haber nunca adaptado su comportamiento jurídico ni sus prácticas comerciales a esa Ley, Ley que para él es una “Ley extranjera”, lo que le comportará costes adicionales (= costes conflictuales altos). En suma: la Ley del país de residencia habitual del vendedor es, para este sujeto, “su” Ley, mientras que para el comprador, es una Ley “extranjera”. Oro ejemplo: el hecho de que el contrato de franquicia se rija por la Ley del país de la residencia habitual del franquiciado, favorece a este sujeto y perjudica al franquiciador (art. 4.1 b RR-I). La razón de este favor conflictual es difícil de precisar y resulta, realmente, muy criticable, como han destacado P. LAGARDE y M.-E. ANCEL¹⁷¹. Se trata de una elección política (= “*choix politique de protection du franchisé*”), indica O. CACHARD, dirigida a proteger a la parte del contrato presuntamente más débil¹⁷². Al determinar la Ley del contrato de este modo rígido por “tipos contractuales”, con total desprecio de las conexiones del concreto contrato con los distintos países, el precepto, efectivamente, “*privilegia a un contratante de forma caprichosa*”, destaca L.F. CARRILLO POZO¹⁷³. Los intereses y costes que asume el comprador, por ejemplo, son totalmente sacrificados para favorecer los intereses y menores costes del vendedor. Este criterio de política legislativa constituye un beneficio caprichoso del legislador en favor del vendedor, pues no tiene en cuenta el principio de previsibilidad de la Ley aplicable ni los costes conflictuales que genera. Es contrario, también al llamado, por ciertos autores, “principio de autoresponsabilidad del contratante”, pues si un potencial vendedor turco de alfombras viene a España y ofrece sus productos a un comprador español, resulta que el contrato se rige (art. 4.1. RR-I) por el Derecho turco, correspondiente al país de residencia habitual del vendedor, cuando resulta que el vendedor turco es el sujeto que conscientemente ha realizado actos de inmersión en el mercado español.

En otros supuestos, el art. 4 RR-I trata de designar la Ley de aplicación más previsible para ambos contratantes, esto es, la Ley cuya aplicación al contrato genera los menores costes conflictuales globales. En terminología más clásica, se trata de aplicar la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato, la Ley del país en el que se localiza el centro de “gravidad del contrato” (O. VON GIERKE), o la Ley del país donde radica la “sede de la relación jurídica” (F.C. VON SAVIGNY)¹⁷⁴.

Los puntos de conexión que conducen, en principio, a la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato son los relativos a los siguientes contratos: (a) Contrato que tiene por objeto un derecho real inmobiliario o arrendamiento de un bien inmueble (art. 4.1.c RR-I); (b) Contrato de arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos (art. 4.1.d RR-I), (c) Contrato de venta de bienes en subasta (art. 4.1.g RR-I); (d) Contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros (art. 4.1 h RR-I). Ejemplo: el contrato de arrendamiento de inmueble sito en España entre arrendador con residencia habitual en Alemania y arrendatario

¹⁷¹ P. LAGARDE, «Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *Revue critique de droit international privé*, 2006, pp. 331-349; P. LAGARDE / A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 727-780; M.-E. ANCEL, “Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I”, *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 561-579; P. PIRODDI, “Incoterms e luogo di consegna dei beni nel regolamento Bruxelles I”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 939-970.

¹⁷² O. CACHARD, *Droit international privé*, 7ª ed., Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 170.

¹⁷³ 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; ID., “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Poder Judicial*, n.74, 2004, pp. 11-46.

¹⁷⁴ F.K. VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, traducido del alemán por M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Messía y Manuel Poley, Madrid, 1879, vol.VIII, edición facsimilar de Ed. Comares, Granada, 2005, p. 1414; O. von GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, 1895, vol.I, p. 217.

con residencia habitual en Austria, se rige por la Ley española. La aplicación de esa Ley no favorece, en principio, a ninguna de las partes. Es la Ley cuya aplicación al contrato genera los costes de transacción conflictuales menores para las dos partes. Es la Ley del país más vinculado con el contrato, la Ley del país más estrechamente vinculado con la situación.

102. Los puntos de conexión recogidos en el art. 4.1 RR-I no constituyen una “definición propia de la UE” en torno a la prestación característica de cada tipo de contrato. Así, el contrato de distribución se rige por la Ley del país donde tiene su residencia habitual el distribuidor, pero ello no significa que la prestación característica de este contrato sea la prestación que efectúa el distribuidor. Si ésa hubiera sido ésa la intención del legislador de la UE, lo habría dicho explícitamente y el art. 4.1 RR-I diría, que no lo dice, que la prestación característica del contrato de distribución es la prestación que corresponde al distribuidor. Así lo hizo el legislador suizo (art. 117 Ley DIPr. Suiza de 18 diciembre 1987), que elaboró una “lista de contratos” e indicó cuál era la prestación característica de cada uno de ellos a efectos de concretar la Ley aplicable a los mismos. En conclusión: la lista de puntos de conexión que recoge el art. 4.1 RR-I no es, en su integridad, una lista de la prestación característica de estos ocho contratos, a diferencia del citado art. 117 de la Ley de DIPr. suiza de 18 diciembre 1987.

103. Resulta obligado preguntarse por qué el legislador ha elaborado “esa lista de contratos” y no otra. El operador jurídico se interroga acerca de por qué en dicha lista se encuentran, por ejemplo, el contrato de compraventa de mercaderías y el contrato de distribución y no el contrato de *leasing*, el contrato de *factoring* o el contrato de licencia de marca o patente. Para responder correctamente a la cuestión, es preciso tener presentes estos datos.

En primer término, debe indicarse que todos los contratos incluidos en la lista de los ocho contratos (art. 4.1 RR-I) están ahí con una misma finalidad (= automatizar la precisión de la Ley aplicable a los contratos internacionales), pero por motivos distintos. En efecto, el art. 4.1 a RR-I persigue “automatizar” la determinación de la Ley aplicable en la mayor parte de los contratos internacionales (= automatizar al máximo el razonamiento conflictual). El legislador quiso, con ello, potenciar el efecto útil del párrafo 1 del art. 4 RR-I. De ese modo, sólo en casos residuales (= en los menos posibles), el operador jurídico tendría que acudir a métodos técnicos más complicados para determinar la Ley del contrato. Y con ello, el legislador de la UE potencia la disminución de los costes de determinación de la *lex contractus* (= precisar la *lex contractus* en el art. 4.1 RR-I es, para el juez, una operación simple y rápida). El legislador entiende que con esta lista de estos ocho contratos, la mayor parte de los contratos de la práctica comercial internacional quedarán cubiertos y será más sencillo precisar su Ley aplicable.

En segundo lugar, es preciso señalar que cada contrato, como se ha dicho antes, está en la lista del art. 4.1 RR-I por motivos diversos. En primer lugar, el legislador seleccionó los dos tipos de contratos más frecuentes en el comercio internacional actual: el contrato de compraventa de mercaderías y los contratos de prestación de servicios. Debe tenerse presente que, con el objetivo de “automatizar” igualmente la determinación del tribunal competente, el legislador de la UE hizo ya lo mismo cuando redactó en el año 2000, el art. 5.1.b RB I-bis y en 2012 con el art. 7.1.b) RB I-bis: fijó su atención en los dos contratos más frecuentes de la práctica negocial internacional y les asignó un tribunal competente de manera automática (= compraventa de mercaderías y prestación de servicios). No es casualidad que las dos primeros contratos de la lista (= las dos primeras letras del art. 4.1 RR-I), coincidan con los contratos que recoge, desde 2000, el hoy art. 7.1 letra “b” RB I-bis. Por lo tanto, los contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios están en la lista de los ocho contratos porque son los más frecuentes de la práctica negocial internacional. Si el legislador hubiera podido, se hubiera detenido ahí, como hizo en el art. 7.1.b) RB I-bis (= que sólo contiene estos dos contratos). Sin embargo, ello no fue posible. Hubo que añadir otros contratos a la lista de los ocho elegidos porque, en casos específicos, con esas dos simples categorías de contratos internacionales no era suficiente para garantizar una precisión sencilla y automática de la Ley aplicable.

En tercer lugar, los contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario y los arrendamientos prolongados y/o profesionales de bienes inmuebles son también contratos habituales en la contratación internacional. Ambos contratos se hallan en la lista del art. 4.1 RR-I (= letra “c”), ya que no

encajaban ni en la categoría de contratos de compraventa de mercaderías ni en la de prestación de servicios. El legislador de la UE entendió que el valor conflictual del lugar de situación de los inmuebles era decisivo (= indica el país más estrechamente conectado con la situación contractual). Por ello, se limitó a copiar lo que ya recogía en términos similares el art. 4.3 CR.

En cuarto término, los contratos de arrendamiento breve de bien inmueble para uso personal entre partes con residencia habitual en el mismo Estado se hallan en la lista del art. 4.1 RR-I debido a que la cláusula de excepción recogida hoy en el art. 4.3 RR-I ya no permitía hacer aplicable a estos contratos la Ley de la residencia habitual común de los contratantes. El legislador de la UE, de nuevo, se copió a sí mismo, porque, en la regulación de la competencia judicial internacional, los tribunales competentes para conocer de las controversias derivadas de estos contratos son, además de los tribunales del tribunal del Estado miembro de situación del inmueble, los tribunales del Estado miembro de domicilio común de las partes. En otras palabras, puede decirse que estos contratos se encuentran en la lista del art. 4.1 RR-I debido a que la cláusula de excepción del art. 4.3 RR-I es una “cláusula conflictualmente inútil” (= en casos muy frecuentes, esta cláusula no sirve para hacer aplicable al contrato la Ley del país más estrechamente vinculado al mismo). En efecto, sin este apartado (c) del art. 4.1 RR-I, estos contratos hubieran quedado sujetos a la Ley del lugar de situación del inmueble (*Lex Rei Sitae*), a pesar de que el contrato presenta una corta duración y ambos contratantes, con residencia habitual común en el mismo Estado, esperan, lógicamente, ver aplicada la Ley de dicho Estado (= dicha Ley les comporta costes conflictuales más reducidos que los que les comportaría la Ley del país de situación del inmueble).

En quinto lugar, el contrato de franquicia y el contrato de distribución son contratos en los que ambos contratantes se prestan servicios y se transmiten mercaderías el uno al otro. Ambos contratos están en la lista de los ocho contratos privilegiados (art. 4.1 RR-I) y disponen de un apartado separado y específico para cada uno de estos dos contratos, porque, en caso contrario, habría sido aplicable el art. 4.1.b) (= contratos de prestación de servicios: el contrato de distribución y franquicia son contratos de prestación de servicios como indica el Cons. 17 RR-I) y los tribunales de los Estados miembros hubieran entrado en *shock* anafiláctico: algunos tribunales habrían estimado que el prestador de servicios era distribuidor o el franquiciado y otros que el fabricante o el franquiciador. Durante los años de aplicación del Convenio de Roma de 19 junio 1980, la jurisprudencia de los Estados miembros había resultado contradictoria en relación con estos contratos. Algunos tribunales estimaban que el prestador característico era el fabricante (= tribunales franceses) y otros consideraban que era el distribuidor (= tribunales belgas). Por ello, dejar la precisión de la Ley aplicable en manos del art. 4.1.b) RR-I (= contratos de prestación de servicios: Ley de la residencia habitual del prestador de servicios) o en manos del art. 4.2 RR-I (= Ley de la residencia habitual del prestador característico) hubiera incrementado la incerteza conflictual. El legislador de la UE, en su búsqueda de la “conexión automática”, decidió diseñar un apartado específico para ambos contratos y así lo hizo. Apostó por la Ley de la residencia habitual del distribuidor y del franquiciado sin una razón conflictual convincente (= pues comporta un favor injustificado para estos contratantes en perjuicio de fabricante y franquiciador). Pero al menos aseguró una precisión automatizada de la Ley reguladora de ambos contratos.

En sexto lugar, por último, los contratos de venta de bienes mediante subasta y los contratos relativos a instrumentos financieros celebrados mercados regulados, disponen de un apartado específico en la lista del art. 4.1 RR-I con el objetivo de ofrecer una solución conflictual eficiente debido a la inutilidad de la cláusula de excepción hoy contemplada en el art. 4.3 RR-I. En efecto con la redacción actual de esta cláusula, estos contratos hubieran quedado regidos por la Ley del país de la residencia habitual del vendedor de los objetos subastados o del transmitente de los activos financieros bien por efecto del art. 4.1.a), del art. 4.1.b) o del art. 4.2 RR-I. Ello hubiera comportado una solución conflictual plenamente ineficiente. En efecto, la residencia habitual del vendedor es un dato frecuentemente ignorado y desconocido en estas transacciones. La aplicación de esta Ley hubiera sido totalmente ineficiente para los contratantes (= Ley imprevisible, costes conflictuales muy elevados). El legislador de la UE ha hecho aplicable la Ley del mercado donde se negocian estas transacciones porque es la Ley que esperan ver aplicada los contratantes (= Ley de previsible aplicación, Ley que les comporta los costes conflictuales más reducidos).

En definitiva, como antes se ha indicado, no todos los contratos se encuentran en la lista de los ocho contratos privilegiados (art. 4.1 RR-I) por la misma razón, pero todos lo están con el mismo obje-

tivo: amplificar y extender al máximo posible el número de supuestos en los que la determinación de la Ley aplicable a los contratos internacionales se fija de modo automático, rápido y sencillo.

104. Por otra parte, el legislador europeo ha alterado el concepto de “prestación característica del contrato que procedía del Convenio de Roma de 19 junio 1980. Ya no se trata de “la prestación por la cual es debida el pago”, que es el concepto suizo tradicional y clásico, concepto que encontró su hogar en el art. 4.2 CR 1980. No. El Reglamento Roma I enfoca la cuestión con una doble perspectiva que podría denominarse “anglo-suiza”.

En primer lugar, para los contratos sinalagmáticos que consisten en el intercambio simple de una “cosa o actividad por dinero” sigue siendo válida la tesis tradicional y la prestación característica es la “prestación no dineraria”. Se sigue aquí el punto de vista propio de la jurisprudencia suiza sobre la prestación característica.

En segundo lugar, sin embargo, para el resto de los supuestos, y especialmente en el caso de contratos mixtos y complejos, y para los contratos que comportan prestaciones de diversa naturaleza que efectúan ambas partes, debe tenerse presente que “*la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad*” (Cons. 19 RR-I). Queda ahora por decidir qué entiende el legislador de la UE por “centro de gravedad del contrato”. Pues bien, parece ser que, para el legislador de la UE, el “centro de gravedad del contrato” radica en las “prestaciones más complejas”. El contratante que, con arreglo al concreto contrato, debe realizar las prestaciones más complejas, ése es el prestador característico. Se sigue aquí un punto de vista cercano, aunque no igual, al adoptado por la jurisprudencia inglesa sobre la vinculación más estrecha: contrato por contrato y no tipo contractual por tipo contractual. Así, por ejemplo, en el caso de un contrato de edición en el que el editor paga al autor una cantidad por su *copyright* y además publica la obra, debe considerarse que el “centro de gravedad del contrato” se sitúa en la órbita del editor, pues el autor se limita a entregar su obra, que debe ser presentada, maquetada y puesta en el comercio por el editor, que además debe pagar al autor. La Ley del país de la residencia habitual o sede del editor debe regir este contrato de edición. Esta reformulación de la teoría de la prestación característica no está exenta de críticas, pues siempre puede discutirse, en relación con casos difíciles, qué conjunto de prestaciones son “más complejas”.

De modo acorde con lo anterior, debe recordarse que, en la tradicional teoría de la prestación característica que el Convenio de Roma de 19 junio 1980 tomó del Derecho suizo, para identificar dicha prestación característica, debía arrancarse de un análisis de la “categoría” o “tipo contractual” de que se trate (= compraventa, préstamo, arrendamiento, etc.). Sin embargo, este enfoque pertenece ya al pasado. El Reglamento Roma I ha cambiado la perspectiva, principalmente, porque la proliferación de contratos atípicos en el comercio internacional actual hacía poco útil el enfoque tradicional. En efecto, con arreglo al Cons. 17 RR-I, el “centro de gravedad” del contrato debe concretarse mediante un análisis no ya sólo de la mera estructura de cambio del “préstamo”, del “*leasing*”, del “contrato de *Joint-Venture*”, etc., sino del concreto equilibrio de las prestaciones concretas tal y como lo hayan configurado las partes en su contrato en particular. En conclusión, en este segundo grupo de contratos, para identificar la prestación característica del mismo, el operador jurídico debe analizar la estructura del concreto contrato del que se trate sin consultar ninguna Ley estatal nacional específica.

3. Una cláusula de excepción jibarizada

105. Indica el art. 4.3 RR-I que “*si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país*”. Ello significa que debe activarse la cláusula de excepción si la vinculación del contrato con el país designado por los párrafos 1 y 2 del art. 4 RR-I es una vinculación puramente formal, nominal, fugaz, anecdótica y aparente, pero no sustancial ni real. El art. 4.3 RR-I tiene como objetivo evitar que el contrato quede sujeto a la Ley de un Estado que no es el Estado que presenta, claramente, vínculos manifiestamente más estrechos con el contrato. El legislador entiende que ello resultaría contrario a los intereses de los contratantes y del comercio internacional. En

efecto, ello penalizaría la contratación internacional porque si el contrato quedase regulado por la Ley de un Estado que no es el Estado que presenta vínculos manifiestamente más estrechos con el contrato, ello significaría que los contratantes deberían resolver las controversias que les enfrentan y cumplir con sus obligaciones contractuales a un coste elevado. El art. 4.3 RR-I trata de evitar que el contrato quede sujeto a la Ley de un Estado cuya aplicación resulte “sorpresiva” o “inesperada” para las partes. En consecuencia, el legislador de la UE indica que la Ley del contrato debe ser “otra Ley”. Debe ser, en efecto, la Ley cuya aplicación comporta los menores costes conflictuales para ambas partes. Con otras palabras, puede afirmarse que la Ley que presenta los vínculos manifiestamente más estrechos con el contrato es aquella Ley estatal que permite resolver, a un coste más reducido, la controversia que enfrenta a los contratantes, la Ley que les permite cumplir con sus obligaciones contractuales a un coste más reducido.

106. Para comprender el funcionamiento y el auténtico radio de acción de la cláusula de excepción recogida en el art. 4.3 RR-I es preciso realizar un breve recorrido histórico.

Con arreglo al art. 4.5 del Convenio de Roma de 19 junio 1980, si un contrato presentaba más vínculos y vínculos más sustanciales con un país B que los que presentaba con el país A, país al que conducían las presunciones recogidas en el art. 4.2-4 CR, la cláusula de excepción debía ser activada. Ello era así porque, en todo caso, el contrato debía quedar sujeto a la Ley del país con el que presentaba los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR) (SAP Ourense 9 junio 2015 [compraventa de máquina cortadora a entregar en España y a instalar en establecimiento sito en España], STJUE 6 octubre 2009, C-133/08, *Intercontainer Interfrigo*, FD 64)¹⁷⁵. Esta cláusula de los vínculos más estrechos fue, con frecuencia, tergiversada por los tribunales de los Estados miembros para lograr la aplicación torticera de la *lex materialis fori*. Cualquier elemento de conexión del caso con el país cuyos tribunales conocen del asunto era aducido para declarar que el contrato presentaba vínculos más estrechos con dicho país. Entre otras, ésta es la razón por la que el legislador europeo de 2008 ha reducido de modo muy notable la posibilidad de emplear esta cláusula de excepción. Un ejemplo se extrae de la sentencia dictada por la corte di cassazione de Italia de 3 junio 2013 [garantía a primera demanda prestada por banco austriaco a empresa italiana]¹⁷⁶. El tribunal italiano estima que el contrato de garantía a primera demanda debe regirse por el Derecho italiano ya que, aunque el art. 4.2 CR conduce a la aplicación del Derecho austriaco (= Ley de la sede de la sociedad prestadora característica), el art. 4.5 CR permite descartar dicha Ley y aplicar la Ley italiana ya que, según el tribunal, el supuesto está más conectado con Italia que con Austria, pues “*la prestazione dovuta dal garante consiste nell’assicurare la soddisfazione dell’interesse economico del beneficiario compromesso dall’inadempimento e pertanto il collegamento più stretto dell’obbligazione controversa è con l’Italia, luogo in cui la società attrice ha la sede*”. Como es evidente, el tribunal no justifica la mayor conexión del caso con Italia. Otro ejemplo se puede apreciar en la sent. Trib. Milano 26 junio 2012 [contrato de depósito de obligaciones convertibles en una sociedad inglesa]: el tribunal estima que el lugar de entrega de las obligaciones a custodiar fue Italia y que la nacionalidad de la depositante era italiana para declarar que el contrato presentaba vínculos más estrechos con Italia que con el Reino Unido, país de la sede del prestador característico, lo que en modo alguno es así¹⁷⁷.

La Propuesta de la Comisión UE de nuevo Reglamento Roma I de 15 diciembre 2005, que afortunadamente nunca fue Derecho positivo, sugería una total desaparición de toda cláusula de excepción. El contrato quedaba sujeto a la Ley del país A si las conexiones rígidas recogidas en el art. 4.1 y 4.2 conducían a la Ley del país A, de modo que los contactos del contrato con otro país B resultaban totalmente irrelevantes, aunque los contactos del contrato fuesen más numerosos y más intensos con el país B que con el país A.

¹⁷⁵ STJUE 6 octubre 2009, C-133/08, *Intercontainer Interfrigo* [ECLI:EU:C:2016:40]; SAP Ourense 9 junio 2015 [ECLI:ES:APOU:2015:387].

¹⁷⁶ Sent. Corte Cass. Italia 3 junio 2013, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2013, pp. 989-994.

¹⁷⁷ Sent. Trib. Milano 26 junio 2012, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2013, pp. 760-762.

107. Ya en el ámbito del Reglamento Roma I, la nueva y edulcorada cláusula de excepción se sitúa, escribe J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, entre las dos posiciones anteriores¹⁷⁸. De ese modo, para que entre en acción la cláusula de excepción (art. 4.3 RR-I) no es suficiente con que el contrato presente más y más intensos vínculos con un país B que los que presenta con el país A, país al que conduce el art. 4.1 ó el art. 4.2 RR-I. El art. 4.3 RR-I se sitúa, pues, entre el sistema antes existente en el Convenio de Roma y el sistema non-nato de la Propuesta de la Comisión UE. La cláusula de excepción (art. 4.3 RR-I) debe poder intervenir, debe dársele un efecto útil. Pero ya no lo hará como lo hacía en el Convenio de Roma de 19 junio 1980. En consecuencia, no se trata de hacer aplicable, sin más, la Ley del país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos. Dicha Ley sólo se aplicará si los vínculos entre el contrato y un país determinado son “*manifiestamente más estrechos*” que los que unen al contrato y al país al que conducen los párrafos 1 y 2 del art. 2 RR-I y si se desprende “*claramente*” del conjunto de circunstancias, que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2 del art. 4 RR-I. Ambas exigencias deben distinguirse con cuidado. En la práctica, la cláusula de excepción (art. 4.3 RR-I) tendrá ciertas posibilidades de operar en varios supuestos en los que las conexiones recogidas en los arts. 4.1 y 4.2 RR-I pierden “valor de localización”, indica J. RE, y resultan ser contactos meramente formales, sólo aparentes, contactos anecdóticos, accidentales, casuales, fortuitos, fugitivos, desprovistos de significado sustancial y de “valor localizador”¹⁷⁹.

VIII. La Ley aplicable a las obligaciones contractuales en el Derecho internacional privado español

1. Antes del Código civil de 1889: la jurisprudencia del Tribunal Supremo

108. El Derecho internacional privado vigente antes de 1889 no estaba codificado ni era fácil identificar normas de conflicto de leyes claras al respecto. No existía norma alguna sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales. Debido a la muy probable intervención de JACOBO DE LAS LEYES, la Ley 15, Tít. 14, Partida Tercera apostaba por la Ley del lugar de celebración del contrato, esto es, la Ley extranjera correspondiente a los pleitos entre extranjeros o relativos a bienes situados en otros países. El art. 15.1 del código de Comercio, de forma unilateral y algo rudimentaria, también ordenaba aplicar la ley del país de celebración a los contratos mercantiles¹⁸⁰. Hasta aquí las reglas legales. Las Partidas alfonsinas eran empleadas como texto guía por el TS, pero en realidad no eran un texto legal oficialmente en vigor. En suma, la Ley 15, Tít. 14, Partida Tercera hacía aplicable la Ley del lugar de celebración del contrato en los siguientes términos:

*“E si por aventura alegasse ley, o fuero de otra tierra que fuese de fuera de nuestro Señorío, mandamos que en nuestra tierra non aya fuerça de prueua; fueras ende en contiendas que fuessen entre omes de aquella tierra, sobre pleyto, o postura que ouiessem fecho en ella, o en razón de alguna cosa mueble, o raiz de aquel logar. Ca estonce, maguer estos estraños contendiessten sobre aquellas antel Juez de nuestro senorio, bien pueden recibir la prueua, o la ley, o el fuero de aquella tierra, que alegaren antel, e deuese por ella auerigar, e delibrar el pleyto”*¹⁸¹.

¹⁷⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La cláusula de excepción y los contratos internacionales. La crisis del principio de proximidad”, en C. ESPLUGUES MOTA Y G. PALAO MORENO (Edits.), M. PENADÉS FONTS (Coord.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 459-470.

¹⁷⁹ J. RE, “Rapporto sull’applicazione in Italia della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 e del Regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”)”, en S. BARIATTI/I. VIARENGO/F.C. VILLATA (Eds.), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia civile e commerciale e di famiglia*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer Italia, Padova, CEDAM, 2016, pp. 83-118; J. RE, “La corte di giustizia e l’art. 4 della convenzione di Roma: il caso ICF”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2010, pp. 407-492.

¹⁸⁰ Art. 15.1 del Código de Comercio (Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, BOE núm. 289, de 16 octubre 1885): “*Los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España; con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación*”.

¹⁸¹ Texto extraído de M. AGUILAR NAVARRO (dir.), *Textos y materiales de Derecho internacional privado*, vol.I (textos y documentos), Fac. Derecho, Madrid, 1970, p. 20.

109. Ahora bien, una cosa es la ley y otra cosa es la jurisprudencia. El Tribunal Supremo, antes del Código civil de 1889, se encontraba, de todos modos, ante una laguna legal. En dicho escenario, a la hora de concretar la Ley aplicable a los contratos internacionales, el TS se pronunció del siguiente modo.

110. Un primer grupo de pronunciamientos del TS se decantó por la Ley del lugar de celebración del contrato. Así se puede apreciar en la STS 18 marzo 1875, cuyo texto indica: “*Considerando que una letra de cambio cuya propiedad se transfiere por el endoso de los que sucesivamente la vayan adquiriendo, comprende dentro de sí, cuando esto se verifica, otros tantos contratos perfectos entre el respectivo endosante y aquél a quien la transmite independientemente del contrato primitivo celebrado entre el librador y el tomador, y que cada uno de esos contratos se rige, no solamente en cuanto a su forma, por las del lugar en que se celebran y redactan...*”. Como apunta M. VIRGÓS SORIANO, el texto citado de las Partidas dejaba la duda de saber si la aplicación de la *lex loci celebrationis* se aplicaba sólo en el caso de los contratos hubieran sido celebrados fueran entre extranjeros del país donde el contrato se había celebrado (“*fueras ende en contiendas que fuessen entre omes de aquella tierra*”)¹⁸². Sin embargo, el TS no exigió que los contratantes fueran nacionales del Estado del lugar de celebración del contrato para aplicar dicha Ley, con la posible excepción de la STS 15 noviembre 1898 (“*Gibbs and Sons c. Artola*”)¹⁸³.

111. Un segundo conjunto de sentencias del TS se inclinó por la Ley elegida por las partes y no por la ley del lugar de celebración. Así puede verse en la STS 9 marzo 1872: “*tal pacto (sumisión al Derecho inglés) debe cumplirse, supuesto que fue estipulado por la voluntad libre de las partes y no se opone por otro lado a las leyes ni a las buenas costumbres*”¹⁸⁴. En este caso, no obstante, no queda claro cuál fue el lugar de celebración del contrato o acuerdo. Del mismo modo se aprecia que el TS prefiere aplicar la Ley elegida por las partes en la STS 20 marzo 1877, en la que se aplica el Derecho italiano “*corno ley a la que se habían explícitamente sometido los contratantes*”, si bien este caso, es cierto que la ley italiana era también la Ley del país de celebración del contrato¹⁸⁵.

112. En todo caso, es preciso afirmar que el TS no se dejó llevar por una interpretación literal e inflexible de las Partidas. El TS escapó del criterio “lugar de celebración del contrato” cuando así lo estimó oportuno para dar aplicación a la Ley que respondía en mayor medida a las expectativas de las partes contratantes.

2. El silencio del Código Civil de 1889: de nuevo la jurisprudencia del Tribunal Supremo

113. El Código Civil de 1889 no contenía una norma de conflicto para precisar la Ley aplicable a los contratos internacionales. Ante este silencio, la solución seguida por el TS antes de la promulgación del Código Civil de 1889 se mantuvo. Los contratos se rigen por la ley elegida por las partes y, en ausencia de ésta, el TS aplica la Ley del país donde han sido celebrados, como destaca A. MARÍN LÓPEZ¹⁸⁶. El TS acepta la prevalencia de la elección de la Ley aplicable por las partes con este argumento: si en los casos “internos”, casos sin elementos extranjeros, las partes podían establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimaban oportunos (art. 1255 CC), en los casos “internacionales”, las partes debían también disponer de autonomía y seleccionar la Ley estatal a la que deseaban ajustar su contrato. Con alguna inflexión poco clara, el TS siempre defendió la aplicación de la Ley elegida por las partes de modo expreso como primer criterio para precisar la ley aplicable a los contratos internacionales. Sólo en defecto de elección el TS aplicó la ley del país de celebración del contrato.

¹⁸² M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado*, parte especial, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 295-376, esp. pp. 303-308.

¹⁸³ STS 15 noviembre 1898, *Jurisprudencia Civil*, vol. 85, p. 306.

¹⁸⁴ STS 9 marzo 1872, *Jurisprudencia Civil*, vol. 25, p. 295.

¹⁸⁵ STS 20 marzo 1877, *Jurisprudencia Civil*, vol. 36, p. 186.

¹⁸⁶ A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho internacional privado (Derecho civil internacional)*, 5ª ed., Granada, 1989, pp. 327-337.

114. Así, a favor de la Ley elegida por las partes, se inclina la STS 28 febrero 1928: “*porque no se tiene en cuenta que el contrato de compraventa de que se trata fue concertado en Manchester (Inglaterra) para ser cumplido en dicho país, toda vez que se pactó que la entrega de la mercancía debía ser “franco bordo Manchester” y, por tanto, no pueden aplicarse a su cumplimiento las leyes nacionales de España, sin darles un carácter de extraterritorialidad, incompatible con la más elemental equidad, ya que las leyes españolas no pudieron ser tenidas en cuenta por una sociedad domiciliada en el extranjero y para cumplir un contrato concertado en su país de origen y sometidas sus diferencias a un arbitraje...*”. De todos modos, vuelve aquí a producirse una concurrencia de conexiones a favor del Derecho inglés: hubo una elección, implícita, del Derecho inglés, si bien el contrato se firmó en Inglaterra. De la misma manera, a favor de la Ley elegida por los contratantes se manifiesta la STS 29 mayo 1933, relativa a un contrato de trabajo a cumplirse fuera de España, el TS da aplicación a la Ley elegida por las partes (Ley de Marruecos): “*Que no desvirtúa esta tesis la circunstancia de que el obrero demandante y el patrono demandado sean españoles, pues si es cierto que la identidad de la ley nacional de los contratantes puede servir para determinar la ley aplicable al contrato, ello sucede sólo en defecto de voluntad expresa y cuando no pueden utilizarse otros criterios preferentes según el mismo precepto, entre ellos el de la voluntad de los contratantes, inducida de sus actos y el de la naturaleza del contrato, y es visto que, en el caso presente, los actos propios de los contratantes, al aceptar una jornada superior a la de la ley española... demuestran precisamente que no fue propósito de las partes sujetarse a la ley española sobre limitación de jornada*”¹⁸⁷.

115. El caso más importante fallado por el TS en relación con los contratos internacionales y a favor de la Ley elegida por las partes fue el que constituyó objeto de la STS 19 diciembre 1930 (“*Metropolitan Opera c. Burró Fleta*”), muy bien explicado por M. VIRGÓS SORIANO¹⁸⁸. Miguel Burró Fleta fue un célebre tenor lírico oscense nacido en Albalate de Cinca en 1897 y fallecido en La Coruña en 1938. Su fama había ido en aumento constante, de modo que celebró un contrato con la Metropolitan Opera House de Nueva York que le obligaba a cantar durante tres temporadas en dicha ciudad. El contrato se firmó en Nueva York y contenía una cláusula a cuyo tenor “*la interpretación del presente contrato y todas las cuestiones que de éste se puedan deducir serán regidos por las leyes del Estado de Nueva York*”. Sin embargo, tras haber cumplido el primer año de contrato, Miguel Fleta no se presentó a la segunda. Alegó que su pasaporte no le había sido expedido y no podía viajar por motivos relacionados con el cumplimiento de su servicio militar. En realidad siempre se sospechó que su voz se había deteriorado a causa de una fuerte faringitis aguda y que por dicha razón, Miguel Fleta no quería actuar en la Ópera de Nueva York. Ante la negativa de Miguel Fleta a viajar a Nueva York y cumplir con sus obligaciones contractuales, la Metropolitan Opera House de Nueva York solicitó la rescisión del contrato y el pago de la indemnización al efecto que estaba contemplada en una cláusula penal específica del contrato. Así las cosas, la Metropolitan Opera House de Nueva York presentó demanda contra Miguel Fleta ante los tribunales españoles. El TS, sin dudar, indicó que el contrato estaba sujeto al Derecho neoyorkino porque así lo habían establecido las partes: “*no puede negarse el principio universal sancionado por el Derecho internacional privado y especialmente consignado en nuestras leyes desde la del ordenamiento*”, que “*la autonomía voluntad de los contratantes es la fuente preferente para resolver las cuestiones afectas a las convenciones, en todo lo que no se oponga al orden social, al imperio de las leyes prohibitivas y a la soberanía del territorio donde se pide la ejecución...*”. Como ha mostrado J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, esta sentencia pone de relieve que el TS consideraba que el primer criterio para la fijación de la Ley aplicable a los contratos internacionales era la voluntad de las partes, por encima del criterio “*lugar de celebración del contrato*”¹⁸⁹.

¹⁸⁷ STS 29 mayo 1933 [R.3921].

¹⁸⁸ M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado*, parte especial, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 295-376, esp. pp. 303-308. *Vid.* STS 19 diciembre 1930, *Jurisprudencia Civil*, vol. 197, p. 677.

¹⁸⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Una noche en la ópera con el Derecho internacional privado: el caso de Miguel Fleta, el mejor tenor del mundo”, *Accursio DIP Blog*, 18 abril 2021 (<http://accursio.com/blog/?p=1283>). Una versión revisada de dicho texto se encuentra en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Una noche en la ópera con el Derecho internacional privado: el caso de Miguel

116. A favor de la Ley del lugar de celebración del contrato, pero en defecto de elección de Ley por las partes se pronuncia la STS 19 octubre 1910, en un supuesto también de gran confusión fáctica. El TS aplica el art. 15 CCom. y la ley del país donde se celebraron los contratos, que era la Ley española: “*Considerando que sin desconocer, ni menos negar el fallo recurrido, la facultad del deudor de pagar en sus propias acciones, conforme á los convenios antes expresados, es evidente que afirma la imposibilidad de realizarlo, porque no disponiendo de aquellos valores tampoco podía adquirirlos, según expresa prohibición del art. 134 de la ley de Sociedades, de Bélgica, en cuyo país parece instituida la Compañía demandada y hoy recurrente, y con arreglo al art. 166 del Código de comercio español, al que por virtud del art. 15 del mismo están sujetas las Sociedades extranjeras en los actos y contratos que realizasen en nuestro territorio; y entendiéndolo así la Sala sentenciadora, Y declarando en consecuencia, que de las prestaciones establecidas en el contrato, sólo era posible la del pago en efectivo metálico, que el demandante reclamaba, no incurre en los errores ...*”. Del mismo modo, a favor de la Ley del país de celebración del contrato y en ausencia de elección de Ley por las partes se muestra la STS 15 noviembre 1898, en un caso de nuevo confuso. El TS aplica el Derecho español, pues las letras de cambio en cuestión se habían girado a nombre de una sociedad española y presuntamente, se habían girado en España: “*Considerando que tampoco existe la infracción del art. 518 del Código de Comercio, porque la condena se funda principalmente en el contrato celebrado entre la Sociedad Artola Hermanos, de París, y la casa Gibbs and Sons, de Londres, y mayormente cuando demandados individualmente los cinco hermanos, éstos eran los que constituían la Sociedad de París y la de San Sebastián, en liquidación, y á nombre de esta última se giraron las letras*”.

3. El art. 10.5 del Código civil introducido en 1974

A) Las conexiones: la Ley sigue a la jurisprudencia

117. En 1974 el art. 10.5 CC se ocupó de la cuestión de la Ley aplicable a los contratos internacionales en su redacción dada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil¹⁹⁰. Es preciso subrayar, con M. VIRGÓS SORIANO, que este precepto se inspiró en la jurisprudencia del TS, de modo que, visto que el TS había estimado que el criterio preferente para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales era la ley elegida por los contratantes, éste fue acogido como criterio principal: la Ley siguió, una vez más, a la jurisprudencia. Los dos siguientes puntos de conexión del precepto eran nuevos: la nacionalidad común de las partes y, en su defecto, la residencia habitual común de las partes. El último punto de conexión recogido por el art. 10.5 CC fue el lugar de celebración del contrato. De ese modo, en círculo se cerró de manera curiosa y paradójica: el que fuera el primer punto de conexión para determinar la ley aplicable a los contratos internacionales en Derecho internacional privado español, el lugar de celebración del contrato, pasó a ser el último de todos, y es que es verdad que, en ocasiones, los primeros serán los últimos¹⁹¹. En definitiva, los criterios acogidos por el art. 10.5 CC fueron los siguientes.

118. En primer lugar, se aplica a los contratos la Ley elegida por partes siempre que la sumisión fuere expresa y que la Ley elegida tuviera alguna conexión con el negocio de que se trate. La conexión fue aplicada por la jurisprudencia sin ambages (STS 9 noviembre 1984, SAT Palma Mallorca 13 octubre

Fleta, el mejor tenor del mundo”, en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reflexiones creativas, heterodoxas, críticas y divertidas sobre cuestiones de Derecho internacional privado*, Ed. Derecho y Letras - Rapid Centro Color, Murcia, 2022, pp. 364-368.

¹⁹⁰ BOE núm.163 de 9 julio 1974.

¹⁹¹ Art. 15.5 CC: “*Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato. | No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen*”.

1988, STS 7 septiembre 1990, SAP Alicante 4 octubre 1995, STSJ Madrid Social 13 julio 1992 [contrato de mantenimiento de aviones e instalaciones norteamericanas en España, sometido por las partes al Derecho de Virginia, US], SAP Ciudad Real 19 abril 1996 [sumisión tácita en favor de la Ley española], STS 3 marzo 1997 [sumisión expresa al Derecho de los Estados Unidos de América), SAP Madrid 10 julio 2000 [contrato de arrendamiento de motor de aeronave y sumisión al Derecho de Georgia, US], SAP Islas Baleares 10 marzo 2009 [contratos sujeto a Derecho inglés no probado)]¹⁹².

119. En su defecto, debía acudirse a la Ley nacional común a las partes (STS 14 octubre 2014 [contrato de préstamo concluido en China entre nacionales chinos], SAP Madrid 2 julio 2012 [contrato de préstamo sujeto al Derecho chino y prescripción]; SAP Barcelona 20 abril 1998; SAP Barcelona 11 julio 2000 [contratantes ambos españoles]). Es posible aplicar, para casos de Derecho interregional, la vecindad civil común de las personas jurídicas *factio juris* (SAP Tarragona 22 octubre 2020 [Ley aplicable a la prescripción])¹⁹³. A falta de nacionalidad común, el art. 10.5 CC ordenaba aplicar la Ley de la residencia habitual común de los contratantes. En último término, se daba aplicación a la Ley del lugar de celebración del contrato (SAP Madrid 1 abril 2014 [contratos sujeto a la Ley argentina], STSJ Navarra 8 septiembre 2014 [contratos y Derecho interregional], SAP Islas Baleares 16 febrero 2009)¹⁹⁴.

Para precisar cuál es el lugar de celebración del contrato, debe recurrirse al art. 1262 CC (= el contrato entre ausentes, salvo pacto en contrario, “*se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta*”), una norma de origen belga y específicamente diseñada para estos casos, explica muy bien M. VIRGÓS SORIANO¹⁹⁵. Cierta jurisprudencia ha indicado que si no es posible determinar el país de celebración del contrato ni siquiera a través del art. 1262 CC, entonces se entenderá celebrado en el lugar de su ejecución (Sent. JMerc Pontevedra, núm. 3, auto de 24 junio 2011 [contrato de consignación de buque sujeto al Derecho de Nueva Caledonia]: “*Puesto que no consta que los servicios de consignación se hubieran contratado desde España por la sociedad demandada, ni siquiera electrónicamente, por lugar de celebración del contrato ha de entenderse aquél en el que el mismo despliega sus efectos o debe cumplirse*”)¹⁹⁶.

120. El art. 10.5 CC también recoge conexiones específicas para determinados tipos de contratos. Así, “*a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen*” (SAP Barcelona 12 febrero 2014 [prueba del Derecho colombiano y contratos sobre inmuebles])¹⁹⁷. En este sentido la rescisión por lesión constituye una cuestión contractual que se rige, en el caso de contratos relativos a bienes inmuebles, por la Ley del lugar donde tales bienes se encuentran (SAP Barcelona 7 julio 2011 [ley aplicable a la rescisión por lesión de finca situada en Burgos e inaplicación de los arts. 321 ss. Compilación Cataluña])¹⁹⁸. La venta de inmuebles se rige por la Ley del lugar de situación de éstos (SAP Girona 4 febrero 2021 [prescripción y Derecho interregional: inmueble sito en Alicante]; SAP Girona 24 mayo 2013 [compraventa de inmueble situado en Gerona])¹⁹⁹.

¹⁹² STS 9 noviembre 1984 [ECLI:ES:TS:1984:1872]; SAT Palma Mallorca 13 octubre 1988 [RGD 1989\532-33, pp.745-746]; STS 7 septiembre 1990; [ECLI:ES:TS:1990:6131]; SAP Alicante, Sec.4.ª, 4 octubre 1995 [AC 1995\1820]; STS 3 marzo 1997 [ECLI:ES:TS:1997:1494]; STSJ Madrid Social 13 julio 1992 [AS 1992\3697]; SAP Ciudad Real 19 abril 1996 [AC 1996\749]; SAP Madrid 10 julio 2000 [AC 2000\2436]; SAP Islas Baleares 10 marzo 2009 [ECLI:ES:APIB:2009:190].

¹⁹³ STS 14 octubre 2014 [ECLI:ES:TS:2014:5567]; SAP Madrid 2 julio 2012 [ECLI:ES:APM:2012:13346]; SAP Barcelona 20 abril 1998 [AC 1998\875]; SAP Barcelona 11 julio 2000 [AC 2000\1524]; SAP Tarragona 22 octubre 2020 [ECLI:ES:APT:2020:1356].

¹⁹⁴ SAP Madrid 1 abril 2014 [ECLI:ES:APM:2014:4922]; STSJ Navarra 8 septiembre 2014 [ECLI:ES:TJSNA:2014:286]; SAP Islas Baleares 16 febrero 2009 [ECLI:ES:APIB:2009:144].

¹⁹⁵ M. VIRGÓS SORIANO, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 99-101.

¹⁹⁶ Auto. JMerc Pontevedra, núm. 3, 24 junio 2011 [AC 2011\2020].

¹⁹⁷ SAP Barcelona 12 febrero 2014 [ECLI:ES:APB:2014:892].

¹⁹⁸ SAP Barcelona 7 julio 2011 [ECLI:ES:APB:2011:7774].

¹⁹⁹ SAP Girona 24 mayo 2013 [ECLI:ES:APGI:2013:628]; SAP Girona 4 febrero 2021 [ECLI:ES:APGI:2021:43].

B) La supervivencia del art. 10.5 del Código Civil en el siglo XXI

121. El art. 10.5 CC es todavía aplicable en ciertos supuestos en pleno siglo XXI. Así, en primer término, el art. 10.5 CC se aplica para determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales firmados antes de la entrada en vigor para España del Convenio de Roma de 19 junio 1980 (SJCA Palma de Mallorca núm. 1 de 6 junio 2012 [art. 10.5 CC], STS 1 abril 2011 [contrato de arrendamiento de servicios a ejecutar en Argentina], SAP Navarra 16 noviembre 2001, STS 4 julio 2006, SAP Madrid 3 mayo 2006, STS 29 septiembre 1998, STSJ Madrid Social 28 febrero 2006, STS 30 diciembre 2005, STSJ Madrid 20 diciembre 2005, SAP Murcia 11 diciembre 1995, STS 8 abril 2005, STSJ Canarias Social 7 marzo 2005, STSJ Madrid Social 25 abril 2005, STS 17 enero 2005, AAP Tarragona 23 octubre 2004 [contrato de transporte], STS 3 julio 2003 [contrato de fletamento], SAP Barcelona 11 julio 2000, SAP Barcelona 26 mayo 2000, SAP Islas Baleares 16 febrero 2009 [contrato de préstamo celebrado en Alemania y aplicación de la *Lex Loci Celebrationis* ex art. 10.5 CC])²⁰⁰.

122. En segundo término, el art. 10.5 CC es aplicable, igualmente, para determinar la Ley reguladora de los contratos excluidos del ámbito material de aplicación de dicho Convenio de Roma de 1980 y del Reglamento Roma I y de cualquier otra normativa legal internacional (STS 23 marzo 2010 [accidente de circulación en Suiza y contrato de seguro: residencia habitual común de las partes])²⁰¹.

123. En tercer lugar, el art. 10.5 CC se aplica para determinar la Ley aplicable a los contratos que suscitan problemas de Derecho interregional. La jurisprudencia es abundante: SAP Girona 24 mayo 2013 [compraventa de inmueble situado en Girona], STSJ Cataluña, Civil y Penal, 26 mayo 2011 [Ley reguladora de la prescripción de acciones derivadas de contrato]²⁰². Por otro lado, ciertos tribunales españoles han utilizado erróneamente el art. 10.5 CC para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles o extranjeros (STSJ Madrid Social 12 febrero 2003 [jurisdicción marroquí], STS 9 mayo 2003, SAP Zamora 28 mayo 1999 [competencia de los tribunales españoles])²⁰³.

4. El crepúsculo del Derecho internacional privado español y el amanecer del Derecho internacional privado europeo

124. Desde 1993 los tribunales españoles ya no aplican el art. 10.5 CC para precisar la Ley aplicable a los contratos internacionales. Sólo queda, como se ha señalado, para casos transitorios y residuales y para el Derecho interregional. Como casi todas las normas de Derecho internacional privado, el art. 10.5 CC ha entrado en fase cuarto menguante. Subrayan A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, que los Estados miembros han transferido competencias soberanas a la UE, y, lógicamente, cuantas más competencias se han transferido a la UE, menos competencias conservan ya en sus manos los Estados miembros. Cuando aumenta el número de normas de Derecho internacional privado europeo

²⁰⁰ STS 29 septiembre 1998 [ECLI:ES:TS:1998:5490]; STS 3 julio 2003 [ECLI:ES:TS:2003:4671]; STS 17 enero 2005 [ECLI:ES:TS:2005:78]; STS 8 abril 2005 [ECLI:ES:TS:2005:2122]; STS 30 diciembre 2005 [ECLI:ES:TS:2005:7709]; STS 4 julio 2006 [ECLI:ES:TS:2006:4079]; STS 1 abril 2011 [ECLI:ES:TS:2011:1805]; STSJ Madrid, Social, 20 diciembre 2005 [AS 2006\606]; STSJ Madrid Social 28 febrero 2006 [JUR 2006\118738]; STSJ Canarias Social 7 marzo 2005 [AS 2005\1016]; STSJ Madrid Social 25 abril 2005 [AS 2005\1268]; AAP Tarragona 23 octubre 2004 [ECLI:ES:APT:2004:640A]; SAP Barcelona 11 julio 2000 [AC 2000\1524]; SAP Murcia 11 diciembre 1995 [AC 1995\2277]; SAP Barcelona 26 mayo 2000 [AC 2000\2274]; SAP Islas Baleares 16 febrero 2009 [ECLI:ES:APIB:2009:144]; SAP Navarra 16 noviembre 2001 [ECLI:ES:APNA:2001:1246]; SAP Madrid 3 mayo 2006 [ECLI:ES:APM:2006:5619]; SJCA Palma de Mallorca núm. 1 de 6 junio 2012 [RJCA 2012\430].

²⁰¹ STS 23 marzo 2010 [ECLI:ES:TS:2010:3313].

²⁰² SAP Girona 24 mayo 2013 [ECLI:ES:APGI:2013:628]; STSJ Cataluña, Civil y Penal, 26 mayo 2011 [ECLI:ES:TSJCAT:2011:6728].

²⁰³ STSJ Madrid Social 12 febrero 2003 [JUR 2004\135958]; STS 9 mayo 2003 [ECLI:ES:TS:2003:3152]; SAP Zamora 28 mayo 1999 [AC 1999\1442].

decrecen las normas aplicables del Derecho internacional privado español²⁰⁴. Hoy los ojos de la jurisprudencia española de Derecho internacional privado se detienen en el Reglamento Roma I. Este fenómeno no es ni bueno ni malo: es, simplemente, el signo de los tiempos.

IX. Reflexiones finales. Los juristas que miraban las estrellas y los genios jurídicos del Derecho internacional privado. Contra la visión marxista de la Historia y el Derecho

125. La historia del Derecho internacional privado en el ámbito de los contratos internacionales es la historia de un viaje fascinante. La aventura inicia en la muy Alta Edad Media, en un mundo en el que no existen los Estados sino las naciones. Un mundo en el que las fronteras son variables y los pueblos son nómadas, cuando las personas venden, compran y donan, cada uno, según su Ley personal, y más tarde, con arreglo a la Ley que ellos libremente elegían. Así lo hizo el Cid Campeador al otorgar arras a su esposa „*por fuero de León*“ en 1074. El recorrido prosigue por abadías, conventos y palacios obiscales en los que canonistas solitarios, preocupados y preguntados por cuál debe ser la Ley que rige los contratos concluidos entre personas de distintos lugares, afirman que tales contratos deben regirse por la Ley del lugar de su celebración. Obispos, canonistas y juristas están de acuerdo en ello. Las obras de BERNARDO DE PAVÍA, GUILLAUME DURANT, PIERRE DE BELLEPERCHE, JEAN FABRE y tantos otros así lo expresan. Sin embargo, algunos legistas y profesores de Universidades medievales comprenden, no mucho tiempo más tarde, que el lugar de celebración del contrato puede ser fortuito y, por tanto, puede llevar a una Ley que no tiene nada que ver con el Derecho que los contratantes tenían en sus mentes cuando celebraron el contrato.

126. A partir del siglo XIV, en efecto, los legistas se abren a otra solución: los contratos deben regirse, al menos parcialmente, por la Ley del lugar donde deben ejecutarse las obligaciones. El gran BARTHOLO DA SASSOFERRATO así lo indica y muchos juristas contemporáneos a él y también posteriores corroboran su teoría. Por otra parte, un brillante y joven jurista francés llamado CHARLES DUMOULIN, el gran heterodoxo del Derecho internacional privado, apuesta por otro criterio: la autonomía de la voluntad conflictual de los contratantes. Triunfa esta vía y desde el siglo XVI hasta el siglo XXI nadie pone ya en duda que los contratos deben regirse, en primer lugar, por la Ley elegida por los contratantes. Se trata de un estudioso del Derecho internacional privado que forjó, en el siglo XVI, una teoría que quinientos años más tarde, sigue en lo más alto, admirada y reconocida en textos legales vigentes en todo el mundo.

127. Queda por decidir cuál debe ser la Ley aplicable al contrato en defecto de elección por las partes, lo que no es problema pequeño. Durante el siglo XIX, dos corrientes nacen.

Por un lado, algunos países fijan la ley aplicable a los contratos a través de puntos de conexión muy flexibles. La teoría de la *proper law of the contract* y el sistema francés del „cúmulo de índices“ se encuentran en este enfoque. En éste, el protagonismo es del juez. El juez decide, caso por caso, contrato por contrato, cuál es el país más vinculado con el contrato y todos los datos de la situación contractual se tienen presentes, todos los contactos del contrato con todos los países cuentan. Al final, tras una operación de razonamiento jurídico consistente en „contar y pesar“ los contactos del contrato con los distintos países, debe aplicarse la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con este contrato. Ahora bien, este enfoque también provoca problemas. Genera una gran inseguridad jurídica, una falta alarmante de certeza legal. Es difícil saber que Ley rige el contrato hasta que el juez cristaliza su razonamiento sobre la ley del contrato y fomenta, precisamente por ello, la litigación sobre la determinación de la Ley del contrato.

Por otro lado, y frente a la perspectiva flexible anterior, otros países siguen un sistema contrario: el método de los puntos de conexión rígidos. Países como Italia, Alemania, Suiza, Portugal y España prefieren aplicar la Ley de la nacionalidad común de las partes, la Ley de la residencia habitual común

²⁰⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, València, 2022, vol. I, pp. 301-314.

de las partes, el lugar de celebración del contrato y el lugar de ejecución del mismo como criterios subsidiarios a la elección de Ley por las partes. Criterios objetivos. Los partidarios del lugar de ejecución conocieron el éxito en muchos países, particularmente en Alemania y Suíza, países en los que la jurisprudencia les dio la razón. Pero tampoco por los juristas dedicados al Derecho internacional hay felicidad cumplida en esta vida y, con los años, el lugar de ejecución volvió a suscitar muchos problemas, viejos problemas ya presentes en las tesis de BARTHOLO DA SASSOFERRATO. En efecto, podía haber varios lugares de ejecución de las obligaciones, lo que conducía a la aplicación distributiva de varias leyes estatales a distintos aspectos de un mismo contrato. Además, el lugar de ejecución no siempre era importante en la estructura del contrato. El criterio se revela imperfecto.

128. Surge entonces una nueva vía, un nuevo amanecer en el razonamiento jurídico. Es la vía de las presunciones. Se utilizan elementos objetivos para afirmar que el contrato se rige por la Ley de un país porque se presume que es la ley del país más vinculado con el contrato. Así se expresa el Convenio de Roma de 29 junio 1980. Son presunciones objetivas *iuris tantum* (método rígido) que se pueden, por tanto, desvirtuar. En tal caso, se procede a dar entrada a la Ley del país más vinculado con el contrato que se debe determinar *in casu* (método flexible). Si la presunción conduce a la aplicación de la Ley del país más vinculado con el contrato, prevalece dicha presunción y el método de los puntos de conexión rígidos. Por el contrario, si la presunción traiciona al principio general de la vinculación más estrecha, entonces ésta se descarta y se da entrada al método de los puntos de conexión flexibles y al protagonismo judicial. Parece, por tanto, que se ha alcanzado la sistema perfecto, la armonía metodológica más acabada, el equilibrio perfecto, el nirvana del razonamiento conflictual. Porque en el equilibrio está la virtud máxima.

129. Sin embargo, este perfecto y ponderado equilibrio que proporcionaba el Convenio de Roma de 19 junio 1980 se abandona. El Reglamento Roma I, obsesionado con la idea del automatismo en la determinación de la ley del contrato, vuelve a apostar por los puntos de conexión rígidos en su art. 4, párrafos 1 y 2. El contrato de compraventa se rige por la Ley de la residencia habitual del vendedor, el contrato de distribución se regula por la ley de la residencia habitual del distribuidor y así sucesivamente. Sólo en casos muy excepcionales que se verifican cuando el punto de conexión objetivo no presenta ningún valor conflictual se descarta tal punto de conexión y se fija la ley del contrato con arreglo a puntos de conexión flexibles. En el Reglamento Roma I, el contrato no se rige ya siempre por la ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos: se rige por la Ley determinada a través de criterios rígidos y objetivos. El giro metodológico es violento. En nombre de la seguridad jurídica, de la certeza legal y de la facilidad en la precisión de la Ley aplicable a los contratos en defecto de elección por las partes, el siglo XXI comienza para la Eeel Derecho internacional privado de la Unión Europea con un retorno a la rigidez.

130. A leer los textos de Derecho internacional privado hoy vigentes en el siglo XXI se observan trozos de la historia, vestigios de lo que fue el razonamiento conflictual durante más de mil años, recuerdos del pasado, vetas de madera noble.

En el artículo 10.5 del Código Civil español está el lugar de celebración del contrato, último punto de conexión para fijar la Ley aplicable a ciertos contratos. Se ven los restos de la aportación de los canonistas medievales, de JACOBO DE LAS LEYES, se ven las Partidas alfonsinas del siglo XIV, se observan los pensamientos de los canonistas medievales, se lee el razonamiento de ROCHUS CURTIUS. El lugar de celebración allí está y recuerda a todos los que leen ese precepto legal lo importante que fue en su momento saber que los contratos se regían por el Derecho del país donde fueron celebrados.

Los ojos del lector que se dirigen al artículo 10.5 del Código civil español se cruzan también con algunos puntos de conexión que hoy revisten menos importancia pero que algún momento de la historia también fueron relevantes: la residencia común de las partes o la nacionalidad común de las partes, un recuerdo de la explosión del estatuto personal debida al gran PASQUALE STANISLAO MANCINI.

En este viaje al pasado que se produce cuando se lee una norma de Derecho internacional privado vigente en el siglo XXI se encuentran también trozos del pasado en los que se aprecia la importancia que tuvo el lugar de ejecución. Se puede leer el pasado en el artículo 12.2 del Reglamento Roma I que

somete ciertas cuestiones relativas a las “modalidades de ejecución” de las obligaciones a la Ley de lugar de ejecución del contrato. En ese precepto vemos el genio inmarcesible de BARTHOLO DA SASSO-FERRATO en el siglo XIV y el ingenio elegante y kantiano de F.K. VON SAVIGNY en el siglo XIX. Se puede ver ahí, en ese mismo precepto, la postura de la jurisprudencia alemana y suiza de los siglos XIX y XX.

A leer los textos de Derecho internacional privado del siglo XXI, el lector se encuentra con CHARLES DU MOULIN en el artículo 3 del Reglamento Roma I. En un precepto que proclama que la Ley aplicable a los contratos internacionales debe ser, en primer lugar, la Ley elegida por las partes porque eso beneficia la seguridad jurídica y las expectativas de las partes. También el lector del Reglamento Roma I puede ver cómo la teoría suiza de la prestación característica está ahí, en el artículo 4, párrafo 2 del Reglamento Roma I. Una teoría suíza en un Reglamento de la Unión Europea que también se puede leer en algunos de los párrafos del artículo 4.1 del Reglamento Roma I.

El operador jurídico también puede viajar al siglo XIX y contemplar la teoría de la *proper law of the contract* seguida en el Reino Unido cuando lee las frases recogidas en el artículo 4.3 del Reglamento Roma I. Una teoría inglesa cuyas raíces se hunden en el mundo conceptual alemán propio de F.K. VON SAVIGNY y O. VON GIERKE.

Los juristas que aman la ponderación en el razonamiento jurídico todavía hoy pueden admirarse al detectar en el párrafo cuarto del artículo 4 del Reglamento Roma I, vestigios y señales de lo que fue el Convenio de Roma de 19 junio 1980: un sistema en el cual, en un platillo de la balanza se situaba el método de las presunciones, los puntos de conexión rígidos, mientras que en el otro platillo se encontraba el método flexible, pensado para para casos extraordinarios en los que los puntos de conexión rígidos no garantizan que el contrato quedase regido por una Ley previsible por las partes.

131. El Derecho internacional privado hoy vigente en España en el sector de los contratos internacionales constituye un precipitado histórico. Es el resultado caleidoscópico de mil años de evolución del razonamiento y del pensamiento jurídico. Ese resultado representa el progreso, la mejoría de las normas jurídicas. Y esa mejoría se debe a la aportación de auténticos genios del Derecho. Personas concretas con nombres y apellidos que supieron ver y tener presentes todos los aspectos de la contratación internacional y dar, así, una respuesta a la pregunta de cuál debe ser la Ley aplicable a los contratos internacionales. Sin BERNARDO DE PAVÍA, BARTHOLO DA SASSO-FERRATO, BALDO DE UBALDIS y tantos otros, los juristas no habrían comprendido el valor del lugar de celebración y del lugar de ejecución como puntos de conexión para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales. Sin la aportación de JACOBO DE LAS LEYES, el Derecho internacional privado español habría sido, sin duda alguna, un desierto yermo, triste y gris durante cientos de años. Él introdujo en España las normas de conflicto de leyes creadas en Italia cuando escribió en las Partidas alfonsinas. Sólo CHARLES DU MOULIN, en un ejercicio de fantasía creativa intelectual sin precedentes, pudo concebir la teoría de la autonomía de la voluntad conflictual en el siglo XVI. Fue el genio A.F. SCHNITZER el que hizo reflexionar a toda Europa sobre la conveniencia de aplicar la Ley de la residencia habitual del prestador característico y fue el inmenso talento sistematizado debido a F.K. VON SAVIGNY el que llevó al mundo jurídico a comprender que debe determinarse la Ley del contrato con la vista puesta más en los intereses de los particulares que en los intereses de los Estados. Los juristas de hoy deben mucho también a PAUL LAGARDE y MARIO GIULIANO, expertos legales contemporáneos que aportaron un equilibrio elegante, distinguido y refinado al proceso de fijación de la Ley aplicable a los contratos internacionales. Ese sincretismo metodológico es admirable. Por otro lado, los juristas de hoy que enseñan el Derecho internacional privado del pasado son también figuras de primer orden que han desentrañado textos e ideas no siempre fáciles. Los nombres de B. ANCEL, C. CAMPIGLIO, F. GAMILLSCHEG, M. GUTZWILLER, H. LEWALD, E.M. MEIJERS, F. STURM, y tantos otros, deben ser valorados como grandes transmisores de las raíces del mejor Derecho internacional privado.

132. No fue un grupo social de juristas remilgados y repeinados al servicio de intereses de una clase dominante el que hizo progresar al Derecho internacional privado en el ámbito de los contratos internacionales. Han sido todos esos juristas brillantes antes citados, y muchos más, con nombres y apellidos. Contra la visión marxista de la historia del Derecho, -que, mediante un uso fetichista del lenguaje ignora a las personas y sólo cree en colectivos que no existen, como la „clase proletaria“ o la

„burguesía“-, contra esa perspectiva que no cree en los seres humanos, debe hoy más que nunca afirmarse que todos los que se dedican al Derecho internacional privado son deudores de estos pensadores, auténticos genios del razonamiento jurídico. Personas, con nombres y apellidos, que pusieron su mente al servicio del intercambio internacional y que crearon un Derecho internacional privado como un producto de su trabajo, de su esfuerzo, de su estudio y de su talento. Juristas concretos que, en un destello de genialidad, han defendido la teoría de la prestación característica, el lugar de celebración o de ejecución del contrato, el sistema de las presunciones jurídicas, la *proper law of the contract* y tantas otras ideas jurídicas. Todos esos grandes juristas creían y defendían que la libertad es la base de la prosperidad y creían y sostenían, por ello, también, que el intercambio era bueno para la sociedad y formularon propuestas jurídicas para ello. Los expertos legales que hoy leen el Reglamento Roma I son como los que miran las estrellas. Dicen los astrónomos que aquéllos que miran las estrellas ven el pasado. Ven, en realidad, cómo eran esas estrellas cuando emitieron su luz, hace miles, quizás millones, de años. Los juristas que hoy leen el Reglamento Roma I también ven el pasado. Observan el pasado y dialogan con las que han sido las más grandes mentes del Derecho internacional privado en mil años de historia. Eso, sin duda, es un privilegio al alcance de muy pocos.

Algunos problemas relacionados con la integración de los miembros de la comunidad islámica en el sistema español de Seguridad Social

Some problems related to the integration of members of the Islamic community in the Spanish Social Security System

MARÍA JOSÉ CERVILLA GARZÓN

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz*

ORCID ID: 0000-0001-5245-3878

Recibido:10.10.2022/Aceptado:24.11.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7539

Resumen: Se abordan en este estudio dos tipos de problemas que pueden afectar a los miembros de la comunidad islámica, en relación a su posible integración en el Sistema español de Seguridad Social. Por una parte, los derivados de la posible prestación de servicios, tanto en el país islámico de origen como en el territorio español, siendo necesario coordinar las legislaciones de ambos Estados para el reconocimiento de prestaciones. Por otra, los provocados por determinadas prácticas e instituciones propias del derecho islámico, no reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, con particular referencia a la Kafala y a la continuidad que haya podido tener la doctrina del Tribunal Supremo sobre el reconocimiento de pensión de viudedad a todas las beneficiarias, en caso de matrimonio poligámico.

Palabras clave: Sistema español de Seguridad Social, comunidad islámica.

Abstract: Two types of problems that may affect members of the Islamic community, regarding their possible integration into the Spanish Social Security System are addressed in this study. On the one hand, those derived from the possible provision of services, in the Islamic country of origin and in Spanish territory, being necessary to coordinate the legislation of both states for their cognition of benefits. On the other, those caused by certain practices and institutions of Islamic law, not recognized by our legal system, with particular reference to the Kafala and the continuity that the Supreme Court doctrine may have had on their cognition of a widow's pension to all beneficiaries, in case of polygamous marriage.

Keywords: Spanish Social Security System, Islamic community.

Sumario: I. Introducción: cuestiones previas a tener en consideración. II. Normas aplicables a los inmigrantes procedentes de países islámicos: Convenios y Acuerdos vigentes en materia de Seguridad Social. 1. Aspectos generales. 2. El Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social: sus carencias y diferencias con el Convenio suscrito con Túnez. A) Ámbito subjetivo de los Convenios. B) Prestaciones coordinadas. 3. Los Acuerdos Euromediterráneos de asociación entre la Unión

* Estudio realizado en el seno del Proyecto de Investigación "Identidad islámica y orden Público en una sociedad inclusiva", FEDER-UCA18-105497, cofinanciado por el Programa Operativo FEDER 2014-2020 y por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad de la Junta de Andalucía. Aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de diciembre, BOE de 31 octubre 2015.

Europea y los países islámicos. III. La “vis expansiva” de la jurisprudencia que da efectos a la poligamia en relación al derecho a la pensión de viudedad. IV. La incidencia de la Kafala islámica en el derecho a prestaciones de Seguridad Social. 1. El concepto de Kafala islámica, tipología y posible relación con el derecho a prestaciones de Seguridad Social. 2. Naturaleza jurídica. 3. Efectos en el derecho a prestaciones de Seguridad Social españolas. A) La previsión de la “Mudawana” marroquí. B) La diversa interpretación de los Tribunales. a) Efecto en la pensión de orfandad. b) Efecto en las prestaciones y subvenciones por nacimiento y cuidado del menor. c) Efecto en las prestaciones no contributivas. d) Efecto en la prestación por desempleo. V. A modo de conclusiones.

I. Introducción: cuestiones previas a tener en consideración

1. El Sistema español de Seguridad Social, cuyos pilares se encuentran establecidos por la Ley General de Seguridad Social (en adelante, LGSS)¹, se concibe como un Sistema de carácter esencialmente contributivo o profesional, aun cuando también incorpora un nivel no contributivo², de carácter universal y sometido a los parámetros de la carencia de rentas, que ha incrementado su importancia a partir de la regulación del denominado Ingreso Mínimo Vital³. Siguiendo los postulados establecidos por esta norma, las prestaciones que en ella están reconocidas, tanto a trabajadores como a ciudadanos no integrados en el mercado de trabajo, tienen condicionado su acceso al cumplimiento de unos requisitos que se consideran esenciales, pero que también vienen mediatizados por lo previsto en otras normas jurídicas: nos referimos a la residencia, el necesario desarrollo de su prestación de servicios en territorio español (el conocido como principio de territorialidad) y la nacionalidad española del solicitante o, si es extranjero, que se encuentre en situación de residencia legal⁴.

2. Si los ponemos en conexión con posibles solicitantes de prestaciones de nuestro Sistema que profesen la religión islámica, nos hallamos ante requisitos que tienen incidencia dado que, en gran medida, van a ser sujetos que proceden de países musulmanes y, por lo tanto, no nacionales españoles ni inicialmente residentes en territorio español⁵. Y, sobre todo, tal fenómeno se aprecia de forma intensa en relación a ciudadanos de nacionalidad marroquí⁶, país integrante de la comunidad islámica y que tiene el mayor número de trabajadores inmigrantes en situación de alta en nuestro sistema de Seguridad Social⁷,

¹ Estudio realizado en el seno del Proyecto de Investigación “Identidad islámica y orden Público en una sociedad inclusiva”, FEDER-UCA18-105497, cofinanciado por el Programa Operativo FEDER 2014-2020 y por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad de la Junta de Andalucía. Aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de diciembre, BOE de 31 octubre 2015.

² Delimitados en su art. 7, apartados 1 y 2.

³ Actualmente regulado por Ley 19/2021, de 21 de diciembre, BOE de 21 diciembre 2021.

⁴ El art. 7.1 LGSS establece que están dentro del sistema, a efectos de prestaciones contributivas, los “españoles que residan en España y los extranjeros que residan y se encuentren legalmente en España, siempre que...ejercen su actividad en territorio nacional”, y el 7.2, a efectos de prestaciones no contributivas, que están incluidos “los españoles residentes en territorio español” y “los extranjeros que residan legalmente en territorio español”.

⁵ Los países musulmanes están fundamentalmente situados en África y Asia, aun cuando en España también están inscritas en el Registro Público de Entidades Religiosas varias federaciones, comunidades y entidades religiosas de naturaleza islámica, como la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas (inscrita con fecha de 5 de octubre de 1989, nº 016061) y la Comisión Islámica de España (inscrita con fecha de 19 de febrero de 1992, nº 016109). Atendiendo al informe “Europe’s growing muslim population”, del Instituto “Pew Research Center” (www. Pewresearch.org., noviembre 2017, p.4), también el islam está presente en Europa: en Bulgaria, con un porcentaje del 11,1 % de su población total, Francia, con un porcentaje del 8,8 % de su población total (5.720.000), Suecia, con un porcentaje del 8,1% de su población total, Austria, con un porcentaje del 6,9% de su población total y Reino Unido, con un 6,3% de su población total. En España, el porcentaje se sitúa en un 2.6% de la población.

⁶ Atendiendo a los datos del Instituto Nacional de Estadística, según su nota de prensa de 21 de junio de 2022, el mayor porcentaje de población residente en España de origen extranjero proviene de Marruecos, situación que se incrementa del año 2021 al año 2022 (pasa de 775.294 a 776.223). Así lo afirma, también, M. SAAD BENTAOUET, “El convenio bilateral hispano-marroquí de Seguridad Social y su aplicación”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, nº 2, 2018, p.96. Pero, como destaca la STSJ Andalucía, 3 de junio de 2020, rec. 2003/2019, el requisito de la residencia para solicitar prestaciones no contributivas se les exige igual que a cualquier otro ciudadano, y por ello no pueden solicitarlas desde territorio marroquí.

⁷ Según las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social sobre “Trabajadores extranjeros afiliados a la Seguridad Social en alta laboral” (datos de julio de 2022), hay 171.426 nacionales marroquíes en alta en el Régimen General, 76.890

con una elevada tendencia a la realización de labores agrícolas⁸. Obviamente, si los solicitantes de prestaciones practicantes de dicha confesión religiosa son nacionales españoles con residencia en nuestro territorio, ninguno de estos requisitos supondrá un inicial inconveniente para solicitar una prestación de Seguridad Social.

3. Tal y como estipula la propia LGSS, la nacionalidad española no es requisito “sine qua non” para la posible integración de un sujeto en nuestro sistema de Seguridad Social, si está en situación de residencia legal. Es más, si procede de un país miembro de la Unión Europea la libre circulación de trabajadores impone la directa aplicación del principio de igualdad de trato⁹ y ello evita que se establezca cualquier tipo de singularidad para los integrantes de las comunidades islámicas que provengan de tales países y tengan intención de prestar servicios profesionales en el territorio español. Dicho principio también resulta de aplicación a los extranjeros que provienen de países no comunitarios, “ex” art. 14.1 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹⁰, por lo que igualmente resulta obligado reconocerles el mismo nivel de prestaciones de Seguridad Social que a un nacional español (cuestión distinta es la polémica existente entre lo que debe considerarse o no prestación de Seguridad Social, como sucede respecto a las prestaciones previstas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de dependencia¹¹).

4. Así mismo, a los ciudadanos nacionales de Estados miembros de la Unión Europea se les aplicarán los Reglamentos comunitarios de coordinación para evitar que pierdan derechos en materia de prestaciones por el hecho de prestar servicios y residir en diferentes estados miembros¹². Pero en relación a los extranjeros extracomunitarios hay una diferencia importante respecto de las normas que rigen para los ciudadanos de la Unión Europea: no son de aplicación los Reglamentos comunitarios de coordinación (a excepción de aquellos que presten servicios en más de un Estado miembro de la Unión Europea, en virtud de lo previsto en el Reglamento 1231/2010, de 24 de noviembre, por el que se amplía la aplicación de los Reglamentos de coordinación a nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos¹³). Por lo tanto, habrá que estar al contenido de los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por el Estado español para coordinar las legislaciones sociales españolas y del país de origen, que pueden estar o no suscritos y tener mayor o menor alcance, y de los Acuerdos de cooperación negociados entre la Unión Europea y terceros estados, los más recientes denominados Acuerdos Euromediterráneos, suscritos con diversos países islámicos como Marruecos, Túnez, Egipto, Argelia, Jordania y Libia. Es decir, en relación a la coordinación entre distintas legislaciones sociales, la protección de los nacionales de países extracomunitarios puede ser de mayor o de menor intensidad, habrá que estar a lo previsto en todos estos instrumentos jurídicos de carácter internacional.

en el Sistema Especial Agrario y 26.891 en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, como datos más significativos. En total, hay 285.045 trabajadores marroquíes en alta, siendo ya sensiblemente inferior el número de extranjeros no comunitarios que prestan servicios en nuestro país, y sin que aparezcan en los datos estadísticos otros países pertenecientes a la comunidad islámica. Esta situación va incrementándose, toda vez que en el año 2021 había 260.064 marroquíes en alta, según datos ofrecidos por V. SÁNCHEZ MÁS, “Hacia un nuevo convenio bilateral Hispano-Marroquí de Seguridad Social: análisis de puntos críticos y propuestas de mejora”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 57, 2021, p. 1.

⁸ Lo destaca V. SÁNCHEZ MÁS, *ibidem*, p. 8, y también se puede deducir de los datos arriba expuestos sobre sus niveles de afiliación en el Sistema Especial agrario. Como indica dicha autora, parece se está negociando para atraer trabajadores de mayor cualificación y jóvenes profesionales.

⁹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE de 30 marzo 2010, art. 45.

¹⁰ BOE de 11 enero 2000, “*Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles*”.

¹¹ BOE de 14 diciembre 2006.

¹² 883/04 (DOUE de 30 abril 2004) y 987/09 (DOUE de 30 octubre 2009), sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

¹³ DOUE de 29 diciembre 2010. Sobre el particular C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “La aplicación en España del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social a la luz del Acuerdo Euromediterráneo y del Reglamento (UE) 1231/2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 12, 2020, p. 332. Sobre el proceso de elaboración, vid. C. GARCÍA DE CORTAZAR NEBREA, “Extensión de las normas de coordinación de Seguridad Social a los nacionales de terceros Estados. El Reglamento UE 1231/10”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 97, 2012.

5. En virtud de lo expuesto, la primera problemática que vamos a tener en consideración tratará de dilucidar si los trabajadores inmigrantes procedentes de países no miembros de la Unión Europea, que profesan la religión islámica, ven mermados sus derechos de Seguridad Social al recibir una menor protección derivada del contenido de las normas aplicables a las prestaciones de servicios efectuadas por extranjeros que no provienen de países de la Unión Europea, fundamentalmente determinadas por los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por el Estado español y por los acuerdos alcanzados entre terceros estados y la Unión Europea.

6. Por otra parte, el sistema español de Seguridad Social se caracteriza por el reconocimiento de muy diversas prestaciones, vinculadas a variados hechos causantes: el nacimiento y cuidado de hijo, la enfermedad o el accidente común o profesional (vinculados a distintas prestaciones como la incapacidad temporal o permanente, y las pensiones de viudedad y orfandad en caso de fallecimiento del sujeto causante), la pérdida del empleo (vinculada al derecho a la prestación por desempleo) o el alcanzar la edad de jubilación (vinculada a la pensión de jubilación), son los más significativos.

7. Con relación al posible derecho a su reconocimiento por sujetos que profesen la religión islámica, tengan o no la nacionalidad española, existen prácticas e instituciones propias de la identidad islámica que plantean problemas al no estar reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico o, incluso, por ser contrarias al orden público español, pero sí estar reguladas y aceptadas como posible hecho causante de prestaciones en países islámicos. Tal situación se va a producir, fundamentalmente, cuando el sujeto practicante de la confesión religiosa analizada ha contraído matrimonio en un país islámico con más de una persona, la denominada poligamia expresamente autorizada en el Corán, y cuando se ha constituido por el solicitante de la prestación de Seguridad Social la denominada “Kafala” marroquí en relación a un menor, institución recogida por las normas de diversos países que forman parte de la identidad islámica y que no es equiparable a la adopción o el acogimiento regulados en nuestro Código Civil. Tanto la una como la otra han provocado que nuestros Tribunales tengan que pronunciarse sobre sus posibles efectos en relación al reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social como las pensiones de viudedad o de orfandad, o las prestaciones económicas vinculadas al cuidado de menores, ya sean contributivas o no contributivas. Y ello a pesar de que, como hemos indicado, ninguna de estas instituciones y prácticas forman parte de nuestro cuerpo normativo ni han podido llevarse a cabo en territorio español, es más, su origen y sentido está vinculado a un contexto social, religioso y cultural que nos es totalmente ajeno.

8. Por ello, el segundo tipo de problemas que abordaremos se centran en los efectos que las resoluciones de nuestros Tribunales están otorgando a la Kafala en el reconocimiento del derecho a prestaciones sociales, así como a la poligamia pero, en este último caso, sólo haciendo una valoración de la “vis expansiva” que haya podido tener la controvertida doctrina del Tribunal Supremo que reconoce el derecho a la pensión de viudedad a todas las posibles beneficiarias.

II. Normas aplicables a los inmigrantes procedentes de países islámicos: Convenios y Acuerdos vigentes en materia de Seguridad Social

1. Aspectos generales

9. Los sujetos que profesan la religión islámica y se trasladan al territorio español a residir y a prestar servicios profesionales, como ya hemos indicado proceden, en gran medida, del Reino de Marruecos¹⁴, aun cuando este fenómeno migratorio también puede afectar a otros países ajenos al ámbito

¹⁴ También se consideran países puramente islámicos, pero con un nivel de inmigración mucho más bajo en el territorio español, Túnez, Somalia, Níger, Argelia, Sudán, Yibuti, Libia, Mali, Senegal, Egipto, Guinea, Sierra Leona, Burkina Faso, Chad, Tayikistán, Uzbekistán, Paquistán, Turkmenistán, Bangladesh, Kirguistán, Kazajistán, Albania, Bosnia-Herzegovina, Afganistán, Irán, Yemen, Turquía, Arabia Saudí, Jordania, Omán, Siria, Qatar, Kuwait, Bahréin, Emiratos Árabes y Líbano, Indonesia, Brunei, Malasia, Irak, Maldivas y Mauritania.

de la Unión Europea (contexto en el que vimos existe un acervo normativo que permite la coordinación entre las legislaciones de los distintos Estados miembros). Si bien es cierto que en considerable menor volumen, destacan por número de ciudadanos con autorización para residir y trabajar en territorio español Argelia, Mali, Senegal, Paquistán y Bangladesh¹⁵.

10. A lo largo del tiempo, las primeras fuentes normativas utilizadas para coordinar legislaciones sociales han sido los convenios bilaterales de Seguridad Social. Su objetivo se centra, no en unificar, sino en coordinar las normativas de los Estados firmantes del mismo en esta materia, con la finalidad de que los trabajadores que presten servicios en ambos Estados no vean suprimidos o reducidos sus derechos en materia de Seguridad Social. La articulación de estas reglas de conexión en ningún caso implica el establecimiento de un régimen común de Seguridad Social entre los Estados parte, pero consiguen evitar que los cambios de residencia de un sujeto afecten a sus derechos adquiridos o en curso de adquisición en cada uno de los Estados de residencia¹⁶. Pueden considerarse, en definitiva, como instrumentos que gestionan los perjuicios que pudiesen derivarse de la migración laboral y que, lógicamente, se conciertan mayormente con Estados con los que existen vínculos estrechos. Particularmente esto sucede entre España y el Reino de Marruecos por la existencia de importantes flujos migratorios¹⁷, como así se deduce del Convenio de Seguridad Social suscrito entre ambos países en cuyo preámbulo se afirma que ambos están “*deseosos de asegurar a los trabajadores de cada uno de los dos países que ejerzan o hayan ejercido una actividad profesional en el otro país una mejor garantía de los derechos que ellos hayan adquirido*”.

11. Como afirma la doctrina¹⁸, la firma de convenios bilaterales de Seguridad Social con países en vías de desarrollo resulta poco frecuente, ya sea por lo escueto de su legislación social o por la existencia de pocas presiones políticas de la población española emigrante, que también se beneficia de la suscripción de estos convenios en el Estado que los acoge. Pero, sin duda, el Estado español se puede considerar una excepción en este sentido, ya que tiene suscritos 23 convenios bilaterales con países muy diversos y, en muchos casos, con ordenamientos jurídicos mucho menos avanzados que el nuestro. Tales países son Marruecos, Túnez, Argentina, Cabo Verde, Ecuador, Andorra, Ucrania, Rusia, Venezuela, Uruguay, República Dominicana, Perú, Paraguay, Méjico, Japón, Filipinas, Estados Unidos, Corea, Colombia, Chile, Canadá, Brasil y Australia, a cuyos convenios hay que sumar el Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Este último el más reciente, pues es de 10 de noviembre de 2007, siendo más antiguos los bilaterales, en muchos casos incluso preconstitucionales.

12. Sin duda en esta circunstancia pesan los lazos de emigración entre España y el continente americano y su carácter de país de acogida de ciudadanos africanos y del Este de Europa¹⁹, pero, a los efectos del tema que nos ocupa, lo relevante es la existencia de dos convenios bilaterales por países islámicos: Marruecos y Túnez. Esto quiere decir también que el resto de países pertenecientes al islam carecen de un marco normativo para coordinar sus legislaciones sociales con la española, caso de tenerlas, salvo que exista algún Acuerdo suscritos entre ellos y la Unión Europea.

13. Sobre la integración de estos convenios como parte de nuestro ordenamiento jurídico, ninguna duda cabe conforme a lo que prevé el art. 96.1 Constitución Española: “*Los tratados internacionales*

¹⁵ Contrastando los datos del Observatorio Permanente de la Inmigración sobre el número de extranjeros con autorización en el territorio español, a fecha de 31 de diciembre de 2021 (https://w6.segsocial.es/PXWeb_MIGR/pxweb/es/Stock/Stock_Autorizacion_Nacionales/AT_SX_NDAD.px/table/tableViewLayout1/), respectivamente 51.555, 27.715, 63.922, 84.238 y 14.997 autorizados.

¹⁶ En sentido similar, J.L. SÁNCHEZ CARRIÓN, “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el derecho comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 47, 2003, p.18.

¹⁷ V. SÁNCHEZ MÁS, “Hacia un nuevo convenio bilateral Hispano-Marroquí de Seguridad Social: análisis de puntos críticos y propuestas de mejora”, *ob.cit.*, p. 1.

¹⁸ J.L. SÁNCHEZ CARRIÓN, “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el derecho comunitario”, *op.cit.*, p. 18 y ss.

¹⁹ *Ibidem*, p. 19.

válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno". Y es importante volver a incidir en que, puesto que la finalidad de estos convenios no es la unificación de normas sino su coordinación, no van a poner en cuestión la aplicación del principio de igualdad de trato de los trabajadores inmigrantes respecto de los españoles y, por ende, no hay que plantearse su posible conflicto con el art. 7 LGSS cuando les reconoce su plena integración en nuestra legislación interna. Distinto es que el alcance de la coordinación pactada no llegue a todas las prestaciones de nuestro Sistema, como veremos sucede respecto al Convenio Hispano-Marroquí.

14. Pero uno de los mayores problemas que, veremos, se va a plantear en relación a los convenios bilaterales que afectan a países pertenecientes a la comunidad islámica, es la antigüedad del más relevante por el número de trabajadores afectados, el Hispano-Marroquí (el más antiguo de todos los convenios bilaterales negociados en esta materia por España), suscrito el 8 de noviembre de 1979, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de octubre de 1982²⁰ (el Acuerdo Administrativo para su aplicación se firma con fecha de 8 de febrero de 1984 y fue modificado por el Protocolo Adicional de 27 de enero de 1988). Dadas todas las modificaciones sufridas por nuestro Sistema de Seguridad Social desde estas fechas, lógicamente sus referencias a las prestaciones cubiertas han quedado totalmente desfasadas y ello demanda la suscripción de un nuevo convenio adaptado al contenido real de nuestra acción protectora. El Convenio con Túnez, sin embargo, se ha firmado en fecha mucho más reciente, el 26 de febrero de 2001²¹ (el Acuerdo Administrativo para su aplicación es de fecha 9 de septiembre de 2004).

15. En ambos Convenios encontramos establecidos los mismos principios generales en los que se basan los Reglamentos comunitarios de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social²², cuales son:

- Igualdad de trato: sometimiento de los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación a la legislación de los Estados firmantes, en las mismas condiciones de los nacionales de cada uno de ellos, respecto de las prestaciones coordinadas conforme a su ámbito de aplicación²³.
- Totalización: los periodos cotizados en ambos Estados se totalizan, es decir, son tomados en consideración para la adquisición, mantenimiento o recuperación de los derechos previstos en el Convenio, pero no se totalizan los periodos de residencia²⁴.
- Supresión de las cláusulas de residencia: con ello se evita que el traslado de residencia de uno a otro Estado implique la reducción, modificación, suspensión, retención o gravamen, lo que permite la exportabilidad de las prestaciones a las que se ha generado derecho²⁵.
- Unicidad de la legislación aplicable: consiste en asegurar a los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación el sometimiento a una única legislación, siendo la regla general la conocida como "lex loci laboris", aun cuando en relación a ella también se establecen particularidades. Así, el Convenio con Túnez determina en su art. 6 que "*los trabajadores a quienes sea aplicable el presente Convenio, estarán sujetos exclusivamente a la legislación de Seguridad Social de la Parte Contratante en cuyo territorio ejerzan la actividad laboral*", y en términos similares se expresa el art. 5 del Convenio Hispano-Marroquí²⁶.

16. Partiendo de la aplicación de tales principios, lo que debe analizarse es el alcance de lo negociado en estos Convenios bilaterales, sobre todo en lo relativo a dos cuestiones: los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación y el número de prestaciones coordinadas. Y ello a efectos de valorar si caben

²⁰ BOE de 13 octubre 1982, publica el Instrumento de Ratificación de 5 de julio de 1982.

²¹ BOE de 26 diciembre 2001.

²² Sobre su concepto, por todos C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, "La aplicación en España del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social a la luz del Acuerdo Euromediterráneo y del Reglamento (UE) 1231/2010", ob.cit., p. 320 y ss.

²³ Introducción del Convenio Hispano-Marroquí y art. 4 del Convenio con Túnez.

²⁴ En los términos y condiciones previstas en el art. 8 Convenio Hispano-Marroquí (también otros preceptos incluyen particularidades, como el 17 y el 18) y en los arts. 8 y 33, entre otros, del Convenio con Túnez.

²⁵ Art. 7 Convenio Hispano-Marroquí y 5 Convenio con Túnez.

²⁶ Ambos con precisiones en sus arts. 7 y 6, respectivamente.

aspectos de mejora para los trabajadores que profesan la religión islámica y han prestado servicios en Marruecos o Túnez.

17. Por lo que se refiere a los Acuerdos formalizados entre la Unión Europea y terceros estados basados en el art. 217 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁷, que afecten a la materia analizada y a países integrantes del Islam, debe ponerse de manifiesto que en los años setenta la Comunidad Europea, fruto de su política global hacia los países que forman parte de la cuenca mediterránea (algunos de ellos islámicos), suscribió diversos Acuerdos de cooperación con diferentes Estados (entre otros con Marruecos²⁸) con la voluntad de tratar materias, no sólo comerciales sino también de ámbito social²⁹. En esta situación también influye, como no, la importancia que tiene en el ámbito comunitario el establecimiento de relaciones óptimas con países vecinos, tal y como se indica en el propio Tratado de la Unión Europea³⁰.

18. Posteriormente, la voluntad de intensificar las relaciones con la ya denominada Asociación Euromediterránea se pone de relieve en diversas ocasiones³¹, y desemboca en la renovación de la antigua política de “cooperación”, ahora denominada de “asociación”. Consecuencia de tal cambio se procede a la sustitución³² de los antiguos “Acuerdos de cooperación” por los ahora denominados “Acuerdos Euro-mediterráneos de asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros”, que se suscriben con diversos países, mayoritariamente antes del comienzo del siglo XXI. A nuestros efectos, interesan los suscritos con Marruecos, Túnez, Argelia, Libia, Jordania y Egipto³³, todos ellos países islámicos que pueden tener ciudadanos residentes en territorio español demandando prestaciones sociales, y con Sistemas de Seguridad Social integrados en su ordenamiento jurídico³⁴. Recordemos que sólo dos de ellos, Marruecos y Túnez, tienen suscrito un convenio bilateral de Seguridad Social y que, por lo tanto, el resto carece de instrumentos normativos de coordinación entre sus legislaciones sociales y la española.

19. La importancia que tales Acuerdos puedan tener deriva de que, tal y como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, su contenido tiene efica-

²⁷ “La Unión podrá celebrar con uno o varios terceros países o con organizaciones internacionales acuerdos que establezcan una asociación que entrañe derechos y obligaciones recíprocas, acciones comunes y procedimientos particulares”.

²⁸ Con fecha de 26 de septiembre de 1978, también con Túnez y Argelia.

²⁹ M. PALOMARES AMAT, “La cooperación social entre las Comunidades Europeas y los países del Magreb”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, nº 48, 1999, p. 90.

³⁰ Art. 8: “La Unión desarrollará con los países vecinos relaciones preferentes, con el objetivo de establecer un espacio de prosperidad y de buena vecindad basado en los valores de la Unión y caracterizado por unas relaciones estrechas y pacíficas fundadas en la cooperación. A efectos del apartado 1, la Unión podrá celebrar acuerdos específicos con dichos países. Estos acuerdos podrán incluir derechos y obligaciones recíprocos, así como la posibilidad de realizar acciones en común. Su aplicación será objeto de una concertación periódica”.

³¹ Siguiendo a A. DE ALMEIDA NASCIMENTO, “Las relaciones entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos: el marco general y el Acuerdo Euromediterráneo de asociación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 10, 2001, p.546, el Consejo Europeo de FERIA decide la Estrategia Común para la Región Mediterránea, aplicable entre 2002 y 2004, reforzada en los Consejos Europeos de Niza y Gotemburgo y que desemboca en la Conferencia Euromediterránea de Marsella (noviembre de 2001), en la que se acuerda dar un nuevo impulso a la asociación existente hasta el momento.

³² En estos términos lo indica A. DE ALMEIDA NASCIMENTO, *ibidem*, p. 554. En palabras de M.D. VALDEUZA BLANCO, “Decisiones del Consejo de la Unión Europea sobre acuerdos de asociación y de estabilización: un avance en la dimensión externa de la Unión en materia de Seguridad Social coordinatoria”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 97, 2012, p.109, son acuerdos de asociación “de nueva generación” que sustituyen a los acuerdos de “primera generación”.

³³ Respectivamente publicados en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea el 18 de marzo de 2000, el 30 de marzo de 1998, el 10 de octubre de 2005, el 30 de mayo de 2006, el 15 de mayo de 2002 y el 30 de septiembre de 2004.

³⁴ Vid. nota al pie 14 en relación a Argelia, en relación a los otros Libia tiene 1057 autorizados y Egipto 3.689, siendo el volumen de Jordania muy poco significativo. C. GARCÍA DE CORTAZAR NEBREA, en su Informe “Coordinación de los regímenes de Seguridad Social entre la Unión Europea y los países del Euromed”, Comité Económico y Social Europeo, (<https://pagina.jccm.es/europa/pdf/PUBLICACIONES/Coordinacion%20regimenes%20SS.pdf>), p. 12 y ss, hace una indicación de las prestaciones de Seguridad Social reconocidas por diversos países de la cuenca Mediterránea, entre otros: Túnez reconoce riesgos por vejez, maternidad, invalidez permanente, prestaciones familiares y muerte; Argelia desempleo, invalidez, ayuda familiar, muerte y supervivencia y jubilación, Egipto jubilación, maternidad, enfermedad o accidente, invalidez y desempleo.

cia jurídica directa³⁵, es decir, no necesitan norma de transposición para ser directamente aplicables. Así lo expresa en su sentencia de 31 de enero de 1991 en los términos siguientes, precisamente en relación al Acuerdo de cooperación con el Reino de Marruecos del año 1978³⁶: “una disposición de un Acuerdo celebrado por la Comunidad con países terceros debe considerarse que es de aplicación directa cuando, habida cuenta de su redacción y del objeto y la naturaleza del Acuerdo, implica una obligación clara y precisa que no está subordinada, ni en su ejecución ni en sus efectos, a que se produzca un acto posterior”. Y ello aun cuando el propio texto de estos Acuerdos establece que deben aprobarse disposiciones que permitan asegurar la aplicación de sus postulados (como veremos, esencialmente igualdad de trato, totalización de periodos cotizados y exportabilidad). En tal sentido, ello se debía llevar a cabo “Antes de finalizar el primer año tras la entrada en vigor” por “el Consejo de asociación”³⁷. Dicho Consejo “aprobará las modalidades de una cooperación administrativa que asegure las garantías de gestión y control necesarias para la aplicación de las disposiciones previstas”.

20. Tal y como indica GARCÍA DE CORTAZAR NEBRED³⁸, también los Reglamentos comunitarios han contribuido a solventar la ausencia del demandado desarrollo de los Acuerdos, en lo que se refiere a la totalización de los periodos de seguro y la exportabilidad de las prestaciones³⁹, cuestiones ambas de singular complejidad técnica y que obliga al establecimiento de procesos administrativos en los Estados implicados. Además, apunta el autor que la Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010, relativa a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el seno del Consejo de Asociación constituido por el Acuerdo Euromediterráneo, con respecto a la adopción de disposiciones de coordinación entre los Sistemas de Seguridad Social⁴⁰, ya supone un más que significativo avance en el camino para impulsar el efectivo funcionamiento de los principios establecidos en estos Acuerdos. Pero su contenido todavía está pendiente de ratificar por los respectivos Consejos de Asociación, a pesar del largo tiempo transcurrido, situación que fácilmente podría solventarse.

21. Aun cuando dicho efecto directo en los términos expresados por la sentencia es indiscutible, sólo resulta de aplicación a los Estados miembros de la Unión Europea⁴¹. Pero, además, también hay que tener en cuenta lo previsto en los propios Acuerdos de asociación sobre la aplicación del principio de norma más favorable si la misma materia está recogida en el contenido de un convenio bilateral. De forma “clara y precisa”, como exige el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, los Acuerdos suscritos con Marruecos, Túnez y Argelia incorporan este principio en los siguientes términos: “Las disposiciones adoptadas...no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de los acuerdos bilaterales existentes...en la medida en que éstos prevean un régimen más favorable”. Es decir, si una materia no está tratada en el Convenio bilateral, se aplica directamente el Acuerdo; si está tratada de forma más desfavorable para el ciudadano, se aplica el Acuerdo; si está tratada de forma más favorable para el ciudadano, se aplica el Convenio. Por lo tanto, a nuestros efectos lo que nos va a interesar es de-

³⁵ También en este sentido M. PALOMARES AMAT, “La cooperación social entre las Comunidades Europeas y los países del Magreb”, ob.cit., p. 94.

³⁶ Asunto *Kziber*, comentado en M.J. CERVILLA GARZÓN, “Criterio jurisprudenciales relevantes sobre cuestiones relacionadas con el derecho de los nacionales del Reino de Marruecos a prestaciones familiares no contributivas españolas”, en *Problemas actuales de la Seguridad Social en perspectiva internacional*, Laborum, 2019, p. 125. Seguida por otras varias sentencias, por todas, 3 de octubre de 1996 (asunto *Choho*).

³⁷ Art. 67 de Marruecos y Túnez, y 70 de Argelia. Indica M.D. VALDUEZA BLANCO, “Decisiones del Consejo de la Unión Europea sobre acuerdos de asociación y de estabilización: un avance en la dimensión externa de la Unión en materia de Seguridad Social coordinatoria”, ob.cit., p. 109, que estará formado por miembros del Consejo de la Unión Europea y de la Comisión de las Comunidades Europeas, por una parte, y por miembros del Gobierno del tercer país, por otra.

³⁸ C. GARCÍA DE CORTAZAR NEBRED³⁸, “El acuerdo de asociación de la Unión Europea y Marruecos y sus implicaciones en el ámbito de la protección social”, en *Problemas actuales de la Seguridad Social en perspectiva internacional*, ob.cit., p.25 y ss.

³⁹ Se refiere el autor a que los Reglamentos 859/2003 y 1231/2010 extienden el campo de aplicación de los Reglamentos 1408/71 y 883/04 a los trabajadores de terceros Estados “ex” art. 6 de éste último, en relación a la totalización. Y a que el Reglamento 1231/2010 permite la exportabilidad de nacionales de terceros Estados. Vid. p. 29 y 30.

⁴⁰ DOUE de 23 noviembre 2010.

⁴¹ M.D. VALDUEZA BLANCO, “Decisiones del Consejo de la Unión Europea sobre acuerdos de asociación y de estabilización: un avance en la dimensión externa de la Unión en materia de Seguridad Social coordinatoria”, ob.cit., p. 113.

terminar si éstos Acuerdos modifican el contenido de los Convenios y, si es así, si contienen previsiones más favorables que impliquen un avance en el reconocimiento de derechos sociales.

22. El hecho de que el mencionado principio sólo se incluya en los Acuerdos de los tres países indicados ya adelanta que el contenido, eficacia y relevancia en materia social de los Acuerdos de asociación varía, significativamente, entre unos Estados y otros. En efecto, se pueden distinguir claramente dos tendencias:

- Los Acuerdos con Marruecos, Túnez y Argelia son los que imponen obligaciones directamente ejecutables, y no meras declaraciones de intenciones, siendo su contenido idéntico en los tres casos. Serán el objeto de nuestro análisis en epígrafes posteriores puesto que integran, de forma muy explícita y al estilo de lo previsto en los convenios bilaterales, disposiciones relativas a los trabajadores para garantizar el mantenimiento de sus derechos en materia de prestaciones sociales. Lógicamente, eso sí, se hace de forma mucho más concisa.
- Los Acuerdos con Egipto, Jordania y Libia, sin embargo, se configuran con carácter meramente programático y hacen referencia a meras previsiones de futuros diálogos que pueden afectar a la materia de Seguridad Social, entre otras varias. Así, en los Acuerdos con Libia y Jordania, en un capítulo destinado al “*Diálogo y cooperación en materia social*”⁴², en términos prácticamente idénticos se indica su voluntad de establecimiento entre las partes de un diálogo regular sobre los asuntos sociales que presten interés para ellas, incluyendo entre los aspectos relacionados “*las condiciones de vida y trabajo de las comunidades migrantes*” y “*los planes y programas para favorecer la igualdad de trato entre los nacionales...y comunitarios*”. Se alude también a que pondrán en práctica proyectos y programas para consolidar la cooperación entre las partes en el ámbito social, mencionando, en particular, “*la mejora del sistema de Seguridad Social y del seguro de enfermedad*”⁴³. Por su nula eficacia directa, esta política llega a considerarse con un significativo retroceso respecto a los Acuerdos anteriormente alcanzados⁴⁴.

23. El Acuerdo con Egipto, teniendo igualmente la misma naturaleza en cuanto no integrar previsiones que puedan ser de aplicación directa y, por lo tanto, sin incidencia en la mejora de la situación de los ciudadanos inmigrantes a países comunitarios, sí integra una previsión relacionada con la importancia de coordinar los Sistemas de Seguridad Social en su art. 62: “*Las partes reafirman la importancia que dan al trato justo de los trabajadores que residan y trabajen legalmente en el territorio de la otra Parte. Los Estados miembros y Egipto, a petición de cualquiera de ellos, acuerdan iniciar negociaciones sobre acuerdos bilaterales recíprocos relacionados con las condiciones de trabajo y los derechos de Seguridad Social de los trabajadores de Egipto y de los Estados miembros que residan y trabajen legalmente en su territorio respectivo*”. Además, en las materias en las que se establece la necesidad de abrir un futuro diálogo, se mencionan “*las acciones para fomentar la igualdad de trato entre los ciudadanos egipcios y comunitarios*”⁴⁵.

24. Cuestión distinta es que tal intención se haya puesto en práctica en lo que al territorio español se refiere, lo cual no ha sucedido hasta la fecha. Es más, ni siquiera el Tratado de Amistad y Cooperación que suscribe con el Reino de España, el 5 de febrero de 2008⁴⁶, hace referencia alguna a esta cuestión.

⁴² Así se denomina en el caso de Libia. arts. 63 y ss. Jordania lo denomina “Diálogo en el ámbito social”, en los arts. 80 y ss.

⁴³ Art. 65 d) Acuerdo con Libia, y art. 82.e) Acuerdo con Jordania, que no hace referencia expresa al seguro de enfermedad.

⁴⁴ C. GARCÍA DE CORTAZAR NEBREDÁ, en su Informe “Coordinación de los regímenes de Seguridad Social entre la Unión Europea y los países del Euromed”, cit. p. 23.

⁴⁵ Art. 63.2 d).

⁴⁶ BOE de 13 de julio de 2009.

25. De todo lo expuesto podemos extraer una primera conclusión, ya manifestada por el reconocido experto en materia de coordinación de Sistemas de Seguridad Social GARCÍA DE CORTAZAR NEBRED⁴⁷, cual es la ausencia de un Convenio entre la Unión Europea con los países Euromediterráneos, al estilo del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, que beneficiaría a varios países islámicos. Como tal autor expresa, el aparato jurídico europeo se ha construido de forma endogámica y unilateral, sin una negociación oficial con terceros estados, aun cuando parece que con una cierta tendencia a cambiar hacia el desarrollo común y la superación del escenario de negociaciones bilaterales⁴⁸. De esta forma, cuando los ciudadanos extracomunitarios trabajan en los Estados miembros tienen todos los derechos comunitarios, pero éstos se difuminan cuando se ponen en conexión con los existentes en sus naciones de origen. Todo se basa en lo bilateral y lo que procede de la propia institución comunitaria es manifiestamente deficitario, obsoleto y, sobre todo, tremendamente exiguo en cuanto al número de países afectados y poco operativo en lo que se refiere a los Acuerdos que contienen meras propuestas de coordinación. Tal y como expresa la propia Comunicación de la Comisión “La dimensión exterior de la coordinación en materia de Seguridad Social de la UE”⁴⁹, *“La coordinación en materia de seguridad social entre la UE y el resto del mundo se aborda de dos maneras. Por una parte, existe el enfoque nacional, en el que los Estados miembros realizan acuerdos bilaterales con determinados terceros países. Este enfoque tiene un carácter fragmentario: se dispone de una red incompleta de acuerdos, cuyo contenido tiende a variar de un país a otro”*.

26. Si esta es la conclusión en relación a los países del Magreb y los conocidos como Euro-mediterráneos, si la extrapolamos a todos los demás países islámicos y a sus relaciones con España en materia de coordinación de prestaciones sociales el escenario se vislumbra mucho peor. De hecho lo que rige es la total ausencia de reglas específicas de coordinación, si bien también es cierto que muchos de ellos tendrán un escaso desarrollo en materia de legislación social y, salvo las excepciones ya apuntadas (Mali, Senegal, Paquistán y Bangladesh), tienen escasos flujos migratorios con el territorio español.

27. En definitiva, en conjunto se aprecia la existencia de un considerable déficit normativo en lo relativo al establecimiento de reglas de coordinación en materia de Seguridad Social con países islámicos, siendo los más beneficiados Marruecos, Túnez y, en menor medida, Argelia, pudiendo ser una primera parcial solución la ya demandada negociación entre la Unión Europea y todos los países Euromediterráneos para alcanzar un Acuerdo global, jurídicamente viable según el art. 216 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁵⁰.

2. El Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social: sus carencias y diferencias con el convenio suscrito con Túnez

28. Sobre el contenido de estos Convenios haremos referencia a su alcance subjetivo, es decir, a los ciudadanos que van a quedar protegidos por ellos, y a las prestaciones que se integran para ser coordinadas entre España y los Estados de Marruecos y Túnez.

⁴⁷ Que manifiesta su criterio en el Informe “Coordinación de los regímenes de Seguridad Social entre la Unión Europea y los países del Euromed”, cit. p. 19 entre otras.

⁴⁸ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “La dimensión exterior de la coordinación en materia de Seguridad Social de la UE”, COM/2012/0153 final.

⁴⁹ Ibidem, p. 2.

⁵⁰ En este sentido, C. GARCÍA DE CORTAZAR NEBRED⁴⁷, en su Informe “Coordinación de los regímenes de Seguridad Social entre la Unión Europea y los países del Euromed”, cit., p. 30. Según dicho precepto: *“La Unión podrá celebrar un acuerdo con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales cuando así lo prevean los Tratados o cuando la celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas”*.

A) **Ámbito subjetivo de los Convenios**

29. El Convenio de Seguridad Social Hispano-Marroquí se aplica a los trabajadores y a sus familiares del Régimen General y también incluye a los pertenecientes a diversos Regímenes Especiales, de forma bastante obsoleta porque algunos de ellos ya ni siquiera existen como tales. En definitiva, lo relevante es que, de los Regímenes subsistentes, integra a los trabajadores del Régimen de Autónomos, Mar, Minería del Carbón y Estudiantes⁵¹.

30. Por lo tanto, el primer déficit de protección que este Convenio tiene se manifiesta en la expulsión de su aplicación a los trabajadores integrados en el Régimen Especial de Funcionarios Públicos, quedando, así, únicamente protegidos los funcionarios integrados en el Régimen General por diversas circunstancias⁵².

31. Esta anómala configuración de su ámbito subjetivo de protección no se produce en el Convenio con Túnez, pues éste no hace ninguna distinción entre trabajadores incluidos en unos u otros Regímenes de Seguridad Social. Así, su campo de aplicación personal incluye, en general, a “*los trabajadores nacionales de cada una de las partes contratantes así como a los miembros de su familia y supervivientes*”⁵³, y el campo material de aplicación se extiende, en general, a las prestaciones contributivas de la “*legislación del Sistema de Seguridad Social*”⁵⁴, sin especificar a las del Régimen General (como sí hace el Convenio Hispano-Marroquí). En este aspecto, por lo tanto, se aprecia que la mayor modernidad del Convenio conlleva que resulte más actualizado y, en definitiva, que tenga más sentido.

32. En cuanto a la necesaria nacionalidad, española, marroquí o tunecina de los trabajadores afectados, en los dos Convenios resulta posible apreciar la misma puntualización: sólo se exige a los trabajadores, pero no a sus familiares o supervivientes, ni a los refugiados o apátridas⁵⁵. Pero, en relación a esta cuestión, tal y como ya ha señalado la doctrina más autorizada⁵⁶, a partir de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 15 de enero de 2002 (asunto *Gottardo*), cualquier convenio bilateral suscrito por un Estado miembro de la Unión Europea será de aplicación a los nacionales de los otros Estados miembros, con las dificultades de índole administrativa que ello pueda suponer si no hay colaboración de los Estados extracomunitarios: “*cuando un Estado miembro celebra con un país tercero un convenio internacional bilateral de seguridad social que prevé el cómputo de los períodos de seguro cubiertos en dicho país tercero para tener derecho a prestaciones de vejez, el principio fundamental de igualdad de trato obliga a dicho Estado miembro a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que aquellas de las que disfrutaban sus propios nacionales en virtud de dicho convenio, a menos que pueda justificar objetivamente su denegación*”. Ello también incide en la aplicación del principio de totalización de los períodos de seguro cubiertos en más de un Estado de la Unión Europea y en Marruecos, pues todos serán válidos para alcanzar el derecho a prestaciones sociales⁵⁷.

⁵¹ Art. 2.1, su referencia a ferroviarios, empleados de hogar, representantes de comercio, escritores de libros, artistas y toreros son irrelevantes pues todos ellos ya están incluidos en el Régimen General.

⁵² Por ejemplo, los contemplados en el art. 156.2 n): los transferidos a las Comunidades Autónomas. O todos aquellos integrados a partir de enero de 2011.

⁵³ Art. 3.

⁵⁴ Art. 2.1 a).

⁵⁵ Art. 3 de ambos Convenios, en este sentido C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “La aplicación en España del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social a la luz del Acuerdo Euromediterráneo y del Reglamento (UE) 1231/2010”, ob.cit., p. 324.

⁵⁶ Por todos, C. GARCÍA DE CORTAZAR NEBREDAS, “El acuerdo de asociación de la Unión Europea y Marruecos y sus implicaciones en el ámbito de la protección social”, ob.cit., p. 23.

⁵⁷ En este sentido, STSJ 7 de octubre de 2021, rec. 306/2021, totaliza los períodos cotizados por un español en España, Italia y Marruecos, para acceder a la pensión de jubilación.

33. Dado que estos Convenios sólo hacen referencia a prestaciones contributivas, como ahora veremos, su ámbito subjetivo únicamente alude a ciudadanos trabajadores y no a los meramente residentes en alguno de ambos Estados. Y, en relación a los familiares protegidos, a falta de ninguna matización al respecto puede incluir al cónyuge, descendientes o ascendientes que residan con el trabajador, debiendo tenerse en cuenta que tampoco se exige que sean parientes consanguíneos⁵⁸.

B) Prestaciones coordinadas

34. Ambos Convenios, como acabamos de apuntar, extienden su ámbito material de aplicación hacia los niveles contributivos de protección, pero no lo hacen con carácter general. Como problemas a apuntar debemos indicar que, por una parte, hay prestaciones expresamente excluidas por no estar mencionadas. Por otra parte, que no están actualizados al alcance actual de nuestra acción protectora por su fecha de suscripción (sobre todo el Hispano-Marroquí), lo que produce un déficit protector poco justificable.

35. El Convenio Hispano-Marroquí cita en su art.2 como prestaciones coordinadas las siguientes: maternidad, enfermedad común o profesional, incapacidad laboral transitoria, accidentes, sean o no de trabajo, invalidez provisional o permanente, vejez, muerte y supervivencia, protección a la familia, reeducación y rehabilitación de inválidos y asistencia social y servicios sociales. Resulta obvio que varias de estas menciones corresponden a prestaciones ya desaparecidas y debe ser reinterpretado el precepto integrando a la actual incapacidad temporal. Igualmente, podría considerarse que la mención a la maternidad actualmente se refiere a las prestaciones por nacimiento y cuidado del menor. En cualquier caso, en aras a evitar cualquier confusión, el contenido de este Convenio tendría que actualizarse sin demora en una cuestión tan relevante como ésta.

36. Además, las mencionadas prestaciones de reeducación y rehabilitación son inexistentes y, siendo un Convenio únicamente aplicable al nivel contributivo, no se entiende la mención a la asistencia social y los servicios sociales como prestaciones coordinadas.

37. En atención a lo expuesto, podemos afirmar que se excluyen de su ámbito de coordinación las siguientes prestaciones:

- En primer lugar, el precepto no alude, ni a la prestación por desempleo (en ninguno de sus niveles, contributivo o asistencial), ni a la prestación por cese de actividad (regulada en fecha muy posterior a su concertación). Cuestión distinta es que, al aplicar el principio de igualdad de trato, los trabajadores marroquíes si tengan derecho al percibo de estas prestaciones dentro del territorio español⁵⁹. Y resulta necesario destacar la ilógica problemática jurídica que dicha exclusión provoca en relación a los trabajadores transfronterizos⁶⁰, puesta de manifiesto por SÁNCHEZ-RODAS NAVARO⁶¹, y que va a afectar a los nacionales de marruecos que residen allí pero que presten servicios en Ceuta y Melilla. De hecho, éstos sí tienen que cotizar a

⁵⁸ M.D. VALDUEZA BLANCO, “Decisiones del Consejo de la Unión Europea sobre acuerdos de asociación y de estabilización: un avance en la dimensión externa de la Unión en materia de Seguridad Social coordinatoria”, ob.cit. p. 117, plantea que los parientes por afinidad deben considerarse incluidos, citando el asunto *Mesbah* (sentencia de 11 de noviembre de 1999).

⁵⁹ Como puede ser el caso que expone V. SÁNCHEZ MÁS, “Hacia un nuevo convenio bilateral Hispano-Marroquí de Seguridad Social: análisis de puntos críticos y propuestas de mejora”, ob.cit., p. 11, respecto de la STSJ Galicia, 12 de abril de 2004, en la que se reconoce la prestación a un pescador que presta servicio en empresa hispano-marroquí.

⁶⁰ “trabajador que haya sido autorizado para desarrollar actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español, residiendo en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regrese diariamente”, “ex” art. 182 Real Decreto 557/2001, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

⁶¹ Por todos en “Sinopsis del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social: desempleo, no contributivas, viudedad y poligamia”, *e-Revista Internacional de la Protección social*, nº 6, 2021, p. 2.

- la prestación por desempleo(ninguna norma los excluye de esta obligación⁶²), pero posteriormente no la pueden percibir al no residir en el territorio español y no ser exportable⁶³.
- En segundo lugar, la prestación económica por cuidado de menores afectado por cáncer u otra enfermedad grave tampoco quedaría coordinada, al quedar integrada en nuestro ordenamiento jurídico en fecha muy posterior a la de suscripción del Convenio⁶⁴.
 - En tercer lugar, como ya indicamos el nivel no contributivo queda fuera de su ámbito de aplicación, y probablemente también el subsidio no contributivo por maternidad pues, directamente, se le atribuye tal naturaleza en el art. 182 LGSS. Esta exclusión viene incluso ratificada por el Tribunal Supremo, que en sentencia de 1 de abril de 1998 denegó a un súbdito marroquí una pensión de invalidez no contributiva al no estar incluida su protección en el Convenio⁶⁵. Y tal exclusión se produce incluso existiendo una circular del INSS, la 4/2006, de 11 de octubre, que claramente integra las prestaciones no contributivas en el ámbito del Convenio, pues obviamente prevalece la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁶.

38. Refiriéndonos, a continuación, al ámbito de aplicación del Convenio con Túnez y sus posibles diferencias, ciertamente se aprecian pocos avances en relación al Convenio Hispano-Marroquí. Y ello porque sus principales problemas, cuales son la exclusión de las prestaciones por desempleo y del nivel no contributivo, se reproducen en términos idénticos en su art. 2. Además, la importantísima protección por maternidad queda enunciada de igual forma, por lo que sigue siendo necesaria la sustitución de esta denominación por la actual. Eso sí, siendo más moderno ya aparece actualizada la denominación de ciertas prestaciones, como la incapacidad temporal o la incapacidad permanente, y se suprimen las ambiguas referencias a la asistencia social y los servicios sociales.

39. Probablemente la diferencia más significativa la encontramos en la regulación de las prestaciones familiares que ambos Convenios recogen. Así, el Convenio Hispano-Marroquí, en su Capítulo VII, sólo precisa que serán tenidos en cuenta los periodos de seguro de los dos Estados y que se determinarán conforme a la “lex loci laboris”. En definitiva, nada singular. Sin embargo, el Convenio con Túnez, en su Capítulo V, al reconocer el derecho a prestaciones familiares establece lo siguiente: “*El trabajador sometido a la legislación de una parte o el titular de una pensión o renta de una de las Partes, tendrá derechos, para los miembros de su familia que residan en el territorio de la otra Parte, a las prestaciones familiares previstas en la legislación de la Parte en que se halle asegurado, como si los familiares residieran en el territorio de la misma. Cuando se cause derecho a las prestaciones familiares durante el mismo periodo y para el mismo miembro de la familia...las prestaciones serán abonadas por la Parte en cuyo territorio residan los miembros de la familia*”. Puesto que las prestaciones no contributivas están excluidas de su ámbito de aplicación, surge la duda que determinar a qué prestaciones de Seguridad Social se refiere el precepto.

40. Todas estas consideraciones nos llevan a concluir que, indudablemente, la negociación bilateral con estos países en materia de Seguridad Social debe actualizarse y acabar con el déficit de protección que está generando a trabajadores inmigrantes al territorio español, con cotizaciones realizadas

⁶² Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, BOE de 30 abril 2011, art. 183.2 6º: “*Que el empleador haya formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y se encuentre al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social*”.

⁶³ La prestación se extingue por traslado de residencia al extranjero “ex” art. 272.1 f) LGSS.

⁶⁴ Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, BOE de 30 julio 2011.

⁶⁵ Sobre el particular, M.J. CERVILLA GARZÓN, “¿Son exportables las prestaciones familiares no contributivas?: dimensión en el ámbito de la Unión Europea y de las relaciones bilaterales entre España y el Reino de Marruecos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 225, 2019. Y es que el propio Convenio, como razona el Tribunal, exige que las dos partes vuelvan a convenir para incluir una nueva rama de Seguridad Social (art. 2.3), que el Tribunal considera es, exactamente, el nivel no contributivo.

⁶⁶ Sobre el particular, C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Sinopsis del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social: desempleo, no contributivas, viudedad y poligamia”, ob.cit., p. 3, y M.J. CERVILLA GARZÓN, “Criterio jurisprudenciales relevantes sobre cuestiones relacionadas con el derecho de los nacionales del Reino de Marruecos a prestaciones familiares no contributivas españolas”, ob.cit., p. 121 y ss.

en sus Estados de origen, muy singularmente en lo que se refiere a la protección por desempleo. Y desde luego debe solucionarse la situación de los trabajadores transfronterizos, no imponiéndoles la cotización por dicha contingencia sin el correlativo derecho a una prestación que se pueda exportar.

3. Los Acuerdos Euromediterráneos de asociación entre la Unión Europea y países islámicos

41. Como ya se ha indicado, los Acuerdos que no son meramente programáticos y que contienen normas aplicables son los concertados con Marruecos Túnez y Argelia, que están redactados en idénticos términos y respecto de los cuales merece la pena apuntar algunas cuestiones sobre sus diferencias con los convenios bilaterales de Seguridad Social.

42. En primer lugar, los sujetos incluidos igualmente van a ser trabajadores nacionales de dichos Estados y sus familiares que residan con ellos (éstos no necesariamente nacionales), siempre y cuando se encuentren en situación de residencia legal⁶⁷. No se aprecian, por lo tanto, las inexplicables limitaciones del Convenio Hispano-Marroquí.

43. En segundo lugar, en los mismos términos que los convenios bilaterales los Acuerdos incorporan el principio de igualdad de trato con los nacionales de los Estados miembros en los que se encuentren empleados⁶⁸. Hay que tener en cuenta que, en relación a los familiares de los trabajadores, a partir de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, de 3 de octubre de 1996 (asunto *Hallouzi-Choho*), la no discriminación alcanza a todas las prestaciones y no sólo a las que pudiesen tener derecho como familiares del trabajador. Así, el principio *“debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro niegue, basándose en que la interesada es de nacionalidad marroquí, la concesión de prestaciones como los beneficios transitorios establecidos en la AOW, previstas por su legislación en favor de los nacionales que reúnan determinados requisitos de residencia en dicho Estado, a la esposa de un trabajador marroquí que cumple dichos requisitos de residencia”*. Ello supone una ventaja en relación a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, puesto que en este ámbito los familiares sólo tienen reconocida la extensión de este principio a los derechos que les correspondan por tener tal condición⁶⁹.

44. En tercer lugar, integra como prestaciones protegidas las de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, supervivencia, accidente de trabajo y enfermedades profesionales, subsidios por defunción, prestaciones por desempleo y familiares⁷⁰. Dada la ausencia de distinción entre niveles contributivos o no contributivos, sin duda la mayor diferencia (y mejora) respecto a los Convenios va a ser la inclusión del desempleo y las prestaciones no contributivas⁷¹, aun cuando el desempleo va a tener el “handicap” que ahora indicaremos respecto a la totalización, que neutraliza esta supuesta mejora. Se sigue la misma línea de desactualización de las prestaciones que ahora forman parte de nuestra acción protectora, sin referencia al cese de actividad o el nacimiento y cuidado del menor.

45. En cuarto lugar, también en el mismo sentido que los convenios bilaterales se reconoce la aplicación del principio de totalización de los periodos de seguro⁷², respecto del cual hay que apuntar dos cuestiones significativas. En primer lugar, que en ellos sí se hace mención a la totalización de los periodos de residencia, claramente indicativo de la inclusión en su ámbito de aplicación del nivel no con-

⁶⁷ Arts. 65.1 y 66 Acuerdos con Marruecos y Túnez, 68.1 y 69 con Argelia.

⁶⁸ Art. 65.1 Acuerdos con Marruecos y Túnez, 68.1 con Argelia.

⁶⁹ C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “La aplicación en España del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social a la luz del Acuerdo Euromediterráneo y del Reglamento (UE) 1231/2010”, ob.cit., p.330.

⁷⁰ Art. 65.1 Acuerdos con Marruecos y Túnez, 68.1 con Argelia.

⁷¹ A. DE ALMEIDA NASCIMENTO, “Las relaciones entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos: el marco general y el Acuerdo Euromediterráneo de asociación”, ob.cit., p. 59.

⁷² Art. 65.2 Acuerdos con Marruecos y Túnez. 68.2 con Argelia.

tributivo. En segundo lugar, que inexplicablemente se excluye la totalización en relación a la prestación por desempleo, sin que quepa ninguna duda de su integración en los Reglamentos comunitarios de coordinación. Además, los Acuerdos se pronuncian de forma taxativa en lo que se refiere a la expulsión de los nacionales de estos Estados de las normas de coordinación previstas por la normativa comunitaria⁷³.

46. Por último, la exportabilidad de las prestaciones también está prevista⁷⁴, pero excluyendo a las prestaciones especiales no contributivas y, de nuevo, a las prestaciones por desempleo. Tampoco se incluyen las prestaciones familiares, pero hay que tener en cuenta que nuestra legislación no reconoce prestaciones por hijos no residentes en el territorio español o, como se indica en los Acuerdos, los trabajadores “*se beneficiarán de las prestaciones familiares para los miembros de su familia que residan en la Comunidad*”⁷⁵. No cabe, por lo tanto, reconocimiento de prestaciones por hijos residentes en Marruecos, Túnez o Argelia.

47. En conclusión, se aprecian algunos aspectos muy nítidamente mejorados, como la integración (aun cuando no exportación) de las prestaciones no contributivas y la totalización de los periodos de residencia y la inclusión de la prestación por desempleo (aun cuando no queda afectada por la posible aplicación del principio de totalización ni es posible su exportación a Marruecos, Túnez o Argelia), aunque sí consideramos valorable la total ausencia de exclusión de trabajadores en función de la naturaleza de su actividad profesional, al estilo del Convenio de Seguridad Social suscrito con Túnez. Parece que estos Acuerdos también se han quedado a medio camino para establecer un verdadero marco de coordinación en materia de Seguridad Social, al margen de que tampoco están actualizados en cuanto a las prestaciones cubiertas.

III. La “vis expansiva” de la jurisprudencia que da efectos a la poligamia en relación al derecho a la pensión de viudedad

48. Resulta bien conocida, y ha sido comentada en diversos estudios anteriores⁷⁶, la doctrina unificada del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, pues es el demandante un funcionario público) a partir de su sentencia de 24 de enero de 2018, que reconoce el derecho a pensión de viudedad para todas las beneficiarias en caso de matrimonio celebrado en régimen de poligamia, debiendo repartirse la pensión entre ellas a partes iguales. Como ya se ha afirmado en reiteradas ocasiones, dicha práctica forma parte de la identidad islámica y plantea un importante problema de choque con el orden público español, que la considera nada menos que un delito en el Código Penal. A mayor abundamiento, la solución ofrecida contraviene la regulación de la LGSS respecto a la existencia de un único posible beneficiario de la pensión.

49. Haciendo un breve resumen de las argumentaciones que llevan al Tribunal a mantener este criterio, su discurso parte de la previsión contenida en el art. 23 del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social en cuanto a que “*La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dichas prestación*”, reproducida en similares términos por el art.24

⁷³ Art. 65.1, párrafo tercero, Acuerdos con Marruecos y Túnez. 68.1 con Argelia.

⁷⁴ Art. 65.4, Acuerdos con Marruecos y Túnez. 68.4 con Argelia.

⁷⁵ Art. 65.3, Acuerdos con Marruecos y Túnez. 68.3 con Argelia.

⁷⁶ Por todos, C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Sinopsis del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social: desempleo, no contributivas, viudedad y poligamia”, ob.cit., P. CHARRO BAENA Y S. GONZÁLEZ GARCÍA, “Poligamia y pensión de viudedad. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2019”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 26, 2021, M. GUTIÉRREZ PÉREZ, “El reconocimiento de la pensión de viudedad en los supuestos de poligamia: la consolidación del criterio jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 229, 2020 y M.J. CERVILLA GARZÓN, “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema español de Seguridad Social”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 11, 2019.

del Convenio suscrito con Túnez. Dicho precepto era inicialmente inaplicable al supuesto de hecho que se planteaba puesto que afectaba a un trabajador funcionario y, por lo tanto, excluido de su ámbito de aplicación. Pero apreciamos como verdaderamente relevante y singular que, para el Tribunal, el texto de este artículo “*lo empleamos como criterio de interpretación válido por ser una previsión contenida en una norma de rango superior de nuestro ordenamiento jurídico y por estar en juego el principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución y en las Normas Internacionales sobre derechos humanos suscritas por España*”. En definitiva, a su juicio prima la aplicación del principio de igualdad y no discriminación frente al de legalidad.

50. Realizadas estas precisiones, no reside nuestro objetivo en volver a incidir sobre análisis de este criterio. Así, como única intención pretendemos poner de manifiesto el efecto que esta doctrina ha tenido en resoluciones posteriores, teniendo en cuenta que debía circunscribir su alcance a una situación muy concreta, originada en el Reino de Marruecos y al amparo de un Convenio bilateral con él. Pero el propio Tribunal ya adelanta una previsible “vis expansiva” de su doctrina al fijar el contenido de dicho Convenio como “criterio interpretativo” de prácticamente cualquier demanda que sobre esta materia se pueda suscitar. No tiene más remedio que salvar así la situación, puesto que resuelve aplicando el Convenio a un trabajador excluido de su ámbito de aplicación.

51. También hay que tener en cuenta que la concesión de varias pensiones, causadas por un mismo sujeto, genera algunos problemas que, quizás, se pueden haber planteado a posteriori ante los Tribunales. Nos referimos en particular a los siguientes: los efectos del posible divorcio de una de las cónyuges; los efectos del fallecimiento de una cónyuge, que genera derecho a pensión, no pudiendo el cónyuge superviviente tener la condición de “viudo”; los efectos del fallecimiento de las dos cónyuges que, generando derecho a pensión, puedan hacer beneficiario de dos pensiones a un mismo sujeto⁷⁷.

52. Podemos afirmar que, ciertamente, no son muchas las resoluciones que posteriormente hayan abordado este tema y que hayan planteado cuestiones distintas a la resuelta por el Tribunal Supremo, pero sí cabe apreciar la existencia de dos criterios jurisprudenciales significativos.

53. En primer lugar, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo)⁷⁸, en relación a un militar perteneciente a la Policía del África Occidental Española, a los que inicialmente incluso se les denegaban las pensiones de viudedad por no tener nacionalidad marroquí⁷⁹ aplica la misma doctrina que el Tribunal Supremo para reconocer la pensión de viudedad a las dos cónyuges casadas en régimen de poligamia. Por otra parte, a “sensu contrario” el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 14 de septiembre de 2018⁸⁰, ha obviado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues no la cita para no dar efectos a un matrimonio poligámico celebrado en Senegal, en relación al derecho a pensión de viudedad de dos posibles beneficiarias⁸¹. Nos da la impresión de que éste va a ser un supuesto muy excepcional, pues no se ha vuelto a plantear similar “olvido”. Pero lo cierto es que la definitiva regulación jurídica de los efectos del matrimonio poligámico, en materia de prestaciones sociales, evitaría que se produjesen situaciones a todas luces injustas como ésta, lo cual tendría que suceder habida cuenta del largo tiempo transcurrido desde que el Tribunal Supremo ha consolidado su doctrina.

⁷⁷ Los pone de manifiesto A. SELMA PENALVA, “Poligamia, bigamia y repudio y acceso a la pensión de viudedad en el sistema español de Seguridad Social”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 55, 2020, p.23.

⁷⁸ De 22 de febrero, rec. 214/2016.

⁷⁹ Como se indica en la sentencia, el Ministerio de Defensa cambió de criterio, no oponiéndose al reconocimiento de pensiones siempre que el causante “sea personal saharauí, y no marroquí” y que “la pensión de retiro les hubiere sido concedida por la legislación de clases pasivas española”.

⁸⁰ Rec. 2238/2018.

⁸¹ Acudiendo al ya parece superado argumento de que es contraria al orden público. El INSS recurre en suplicación la sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona de 21 de diciembre de 2017 y su Auto aclaratorio de 24 de enero de 2018, por lo que la sentencia del Tribunal Supremo ya estaba publicada y su criterio podía ser conocido.

54. En segundo lugar, se han planteado algunas demandas relacionadas con el cambio de nacionalidad, de marroquí a española, del sujeto causante o de los beneficiarios de la pensión, con posterioridad a la celebración del matrimonio poligámico y antes del fallecimiento del causante, como posible motivo para no aplicar el criterio del Tribunal Supremo y denegar el derecho a pensión de viudedad a más de una beneficiaria. Y en todas las resoluciones el argumento se viene manteniendo idéntico y no carente de lógica jurídica: los derechos del cónyuge superviviente se rigen por la ley que regula los efectos del matrimonio, que es la ley personal del beneficiario y el causante al tiempo de contraer matrimonio, es decir, la ley marroquí⁸². Por lo tanto, en tales casos el Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social no deja de permanecer aplicable ni, por lo tanto, el criterio del Tribunal Supremo que deriva de su existencia.

55. Sobre los problemas antes apuntados que puede acarrear la existencia de múltiples beneficiarias, sólo el caso del divorcio de una de las viudas había sido tratado por los Tribunales, ya en el año 2018, en el sentido de reconocerle la pensión en proporción al tiempo de convivencia⁸³. La interesante y compleja problemática que se puede suscitar, si un mismo sujeto solicitase más de una pensión de viudedad por efecto de la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo, no ha llegado a quedar resuelta por los Tribunales, pero, desde luego, a esta situación no alcanza la lógica humanizadora y claramente protectora que preside el argumento que permite percibir pensión a más de una viuda en los casos de poligamia⁸⁴. Pero, a “sensu contrario” de lo que sucede cuando se plantea la problemática de reconocer pensión a todas las viudas, en cuanto no lo permite nuestra legislación, una vez se ha admitido el principio de contributividad sí legitimaría que se percibiesen todas las pensiones por un único beneficiario. De hecho, de no ser así a una de las causantes se la estaría obligando a cotizar por una pensión que después nunca se va a generar. De alguna manera, parece una situación similar a la que se plantea en caso de trabajadores en situación de pluriactividad, los cuales pueden percibir todas las pensiones por las que cotizan desde distintos Regímenes de Seguridad Social, con el único límite de la cuantía máxima que se puede percibir en concepto de pensiones⁸⁵. Límite que, obviamente, en este hipotético caso que planteamos también se aplicaría. Y ello porque, igualmente, no se aplica el principio de pensión única al no ser las mismas cotizaciones las que generan dos pensiones⁸⁶.

56. Pero la cuestión no deja de ser confusa dado que, como ya se parte de un “privilegiado” reconocimiento de efectos a la poligamia, tal privilegio puede provocar otro, y es que un mismo sujeto pueda cobrar dos pensiones completas de viudedad. Y esta, sin lugar a dudas, no es una situación que vaya a ser querida, ni por nuestros legisladores, ni por la sociedad en general, habida cuenta de que parte de una realidad ilegítima respecto a nuestro ordenamiento jurídico.

57. También ha apuntado algún autor⁸⁷, como problema pendiente de solucionar, el posible acceso de todas las beneficiarias a los complementos por mínimos si la pensión resulta, finalmente, de baja cuantía, dado que tiene que repartirse a partes iguales. A nuestro juicio, si la pensión es única igualmente el complemento debe serlo y, en caso de aplicarse, lo será sobre la pensión inicialmente reconocida que posteriormente será repartida. Porque la aplicación del criterio del Tribunal Supremo no desemboca en

⁸² STSJ Andalucía, 10 de junio de 2020 (es la beneficiaria la que cambió la nacionalidad), red. 2103/2019, y de 10 de mayo de 2021 (adquieren la nacionalidad española la beneficiaria y el causante), red. 3833/2019. Es más, como afirma en sentencia de 24 de mayo de 2018, red. 1811/2017, incluso es posible que una persona con nacionalidad española contraiga matrimonio poligámico en Marruecos, y solicite pensión de viudedad cuando fallezca el causante aplicando la doctrina del Tribunal Supremo.

⁸³ STSJ Cataluña, 23 de abril, red. 1147/2018, para cuyo comentario nos remitimos a M.J. CERVILLA GARZÓN, “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema español de Seguridad Social”, ob.cit., p. 262 y ss.

⁸⁴ En este sentido, A. SELMA PENALVA, “Poligamia, bigamia y repudio y acceso a la pensión de viudedad en el sistema español de Seguridad Social”, ob.cit., p. 25.

⁸⁵ Art. 9.3 Real Decreto 65/2022, de 25 de enero, sobre actualización de las pensiones del Sistema de Seguridad Social, BOE de 25 enero 2022.

⁸⁶ Criterio que sostiene el Tribunal Supremo, por todas STS, 14 de julio de 2014, red. 3038/2013.

⁸⁷ A. SELMA PENALVA, “Poligamia, bigamia y repudio y acceso a la pensión de viudedad en el sistema español de Seguridad Social”, ob. cit., p. 18.

el reconocimiento de varias pensiones distintas, es decir, no hay concurrencia de pensiones, sino de una sola cuya cuantía se reparte. Lo mismo sucede en los supuestos de crisis matrimonial “ex” art. 220 LGSS.

IV. La incidencia de la Kafala islámica en el derecho a prestaciones de Seguridad Social

1. El concepto de Kafala islámica, tipología y posible relación con el derecho a prestaciones de Seguridad Social

58. La Kafala la situamos en el contexto de las instituciones islámicas o propias de países musulmanes, pues tiene su origen en las fuentes religiosas que inspiran y condicionan todo su ordenamiento jurídico. Pero, como cuestiones significativas a tener en cuenta en relación a sus diferencias con la poligamia, por una parte la situación de hecho que genera no puede ser calificada como delictiva conforme a nuestro ordenamiento jurídico, ni resulta tan claramente disconforme con el orden público español al pretender funcionar como instrumento de protección de los menores⁸⁸. Por otra parte, no encontramos ninguna mención a sus posibles efectos en materia de prestaciones sociales en ningún convenio bilateral. Ambas circunstancias van a determinar que el sentido de las resoluciones judiciales que analizaremos y las argumentaciones que en ellas se incluyan sean totalmente diferentes y carezcan de la unidad que ya se ha alcanzado en relación a los efectos de la poligamia sobre el reconocimiento de pensiones de viudedad.

59. Existen ya relevantes estudios en los que se analiza el concepto de esta institución tan vinculada al derecho islámico⁸⁹ puesto que su origen está en la expresa prohibición de la adopción en la mayor parte de los países musulmanes⁹⁰, en los cuales los lazos de familia sólo pueden basarse en relaciones establecidas por consanguinidad, es decir, la filiación sólo puede tener origen biológico⁹¹. Por citar un ejemplo de la integración de tal prohibición en el sistema normativo de los países musulmanes, el Código de Familia marroquí literalmente indica que “*La adopción no tiene valor jurídico y no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima*”⁹². Por otra parte, como indica DIAGO DIAGO⁹³, el Corán pondera el cuidado de los niños sin hogar, una de las principales finalidades de esta institución.

60. El término en árabe se refiere al compromiso de cuidado de un menor, de hecho a través de esta institución el titular de la Kafala (kafil, que puede ser hombre o mujer, respecto del que se exige en varios estados musulmanes que profese la religión musulmana para garantizar la educación del menor en esta confesión religiosa) se compromete a hacerse cargo, de forma voluntaria, del cuidado, educación y protección de un menor (makful), pero sin que el titular de la Kafala adquiera la patria potestad respecto del menor cuya tutela asume y, por lo tanto, sin que pueda identificarse, de forma inmediata, con la adopción regulada en nuestro Código Civil. Aunque no recibe una regulación idéntica en los ordenamientos jurídicos de los distintos países musulmanes, se mantiene como característica común que la protección

⁸⁸ P. DIAGO DIAGO, “La Kafala islámica en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2, 2010, p.152.

⁸⁹ Por todos, P. DIAGO DIAGO, “La Kafala islámica en España”, ob.cit., C. RUIZ SUTIL, “La mujer kafila y la recepción de la Kafala marroquí en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Clepsydra*, nº 16, 2017, X. ORBEGOZO MIGUEL, “Imposibilidad de privar de patria potestad a los padres biológicos en virtud de una Kafala en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 13, 2021, A. ORTEGA GIMÉNEZ, “La Kafala de Derecho Islámico: naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 3, 2015 y M. VIDAL GALLARDO, “La kafala del Derecho islámico como instrumento de protección del menor. STJUE de 26 de marzo de 2019”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2020.

⁹⁰ Como excepción la admiten Túnez e Indonesia, con limitaciones a candidatos nacionales de la misma religión que el menor. En este sentido, M.G. QUINTERO LIMA, “Globalización y Seguridad Social: sentencias sobre Kafala y pensión de orfandad”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 17, 2008, p. 5.

⁹¹ P. DIAGO DIAGO, “La Kafala islámica en España”, ob.cit., p. 143 y ss, explica el origen de la prohibición de la adopción y de cómo esta no puede generar vínculos de filiación, en virtud del matrimonio entre el Profeta y la que fuera esposa de Zayd, supuesto hijo adoptivo. La prohibición de la adopción en el Corán se vincula a la Azora 33, aleyas 4 y 5.

⁹² Art. 149.1 de la conocida como “*Mudawana*”.

⁹³ “La Kafala islámica en España”, ob.cit., p. 142.

del menor supone adquirir un compromiso de tal alcance que debe ser “*de la misma manera que lo haría un padre por su hijo*”⁹⁴, siendo así que en la Kafala marroquí el compromiso del kafil alcanza a “*la protección, la educación y la manutención*”⁹⁵. Pero el makful carece de derechos inherentes a la filiación como el derecho a heredar del kafil o la adquisición de sus apellidos, lo cual resulta coherente con el hecho de que la Kafala finaliza cuando el menor adquiere la mayoría de edad, y es revocable a solicitud de los padres biológicos o los tutores.

61. Su configuración como instrumento de protección del menor ha recibido particular carta de naturaleza en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, en virtud de la cual “*Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores.*” A mayor abundamiento, 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, incluye en su ámbito de aplicación “*la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante kafala o mediante una institución análoga*”⁹⁶. Por ello se considera una institución que puede enmarcarse en el contexto de la protección del interés superior de los menores en situación de desamparo⁹⁷. Pero hay que tener en cuenta que la Kafala no sólo está concebida para la protección de menores abandonados, como indicaremos al referirnos a sus distintas tipologías.

62. La constitución de la Kafala, en general y al margen de las consideraciones que podamos hacer a continuación sobre su posible realización por residentes en territorio español y su naturaleza jurídica, en relación a una hipotética solicitud de prestaciones de Seguridad Social españolas puede interferir en el reconocimiento de las relacionadas con el nacimiento y cuidado del menor (las antiguamente denominadas maternidad y paternidad⁹⁸), las derivadas del propio hecho de tener hijos a cargo⁹⁹ o las otorgadas a los hijos en caso de fallecimiento de los progenitores, como es la pensión de orfandad¹⁰⁰.

63. A nuestros efectos resulta necesario tomar como punto de partida la vinculación establecida por nuestro ordenamiento jurídico entre el derecho a las prestaciones sociales contributivas y la residencia y el desarrollo de la prestación de servicios en España del solicitante. De hecho, sólo tiene sentido que nos planteemos los efectos de esta institución en materia de Seguridad Social española si el kafil o el makful pueden residir en nuestro territorio, teniendo en cuenta que España lógicamente no regula esta institución y no puede, por lo tanto, formalizarse aquí. En consecuencia, es necesario que existan países islámicos donde la Kafala admita una variedad transnacional, es decir, que el kafil pueda ser nacional o extranjero residente fuera del país islámico en el que se constituya, y que, igualmente, pueda trasladar al menor a residir fuera del mismo.

⁹⁴ Código argelino de Estatuto Personal (Ley nº 84-11, de 9 de junio de 1984), art. 116 y Ley 15-01 relativa al acogimiento familiar de menores abandonados en Marruecos, promulgada por Dahir nº 1-02-172, de 13 de junio de 2002.

⁹⁵ Art. 2 Ley 15-01.

⁹⁶ Art. 3 e).

⁹⁷ En este sentido, P. DIAGO DIAGO, “La Kafala islámica en España”, ob.cit., p. 144 y 145, y A. ORTEGA GIMÉNEZ, “La Kafala de Derecho Islámico: naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, ob.cit., p. 824, citando sentencia de la corte francesa de 25 de febrero de 2009, en este sentido.

⁹⁸ Arts. 177 y ss LGSS, incluido el cuidado de menores afectado por enfermedad grave de los arts. 190 y ss.

⁹⁹ Como las establecidas en los arts. 236 y 237 LGSS, entendiéndose como periodo cotizado las excedencias disfrutadas por cuidado de hijo en régimen de guarda o acogimiento, y la interrupción de la cotización tres meses antes de la adopción o el acogimiento. O el posible incremento de la prestación por desempleo en caso de tener el beneficiario hijos a cargo, previsto en el art. 339.2 LGSS.

¹⁰⁰ Art. 224 y ss. LGSS.

64. Pues bien, sobre esta cuestión no se ha legislado de la misma forma en todos los Estados. En países como Argelia o Jordania se exige que el kafil sea nacional de tales países, y en algunos incluso se prohíbe que el kafil pueda trasladar su residencia al extranjero con el menor¹⁰¹. Y en el caso que más nos concierne, por su cercanía con el territorio español, como es el del Reino de Marruecos, este aspecto parece haber evolucionado en el sentido de dificultar la posible presencia de la kafala en España. Así, inicialmente Marruecos sí posibilitaba la Kafala transnacional al admitir que el kafil fuese extranjero y que pudiese abandonar el territorio de Marruecos acompañado del menor, siempre y cuando hubiese obtenido autorización del Juez Tutelar, la cual es remitida al consulado marroquí del lugar de residencia para hacer un seguimiento de la situación del menor¹⁰². Y era posible también el traslado de residencia del makful a España, si el kafil ya residía en dicho territorio¹⁰³. Pero en tal regulación interfiere la Circular n.40 S/2 del Ministerio de Justicia y Libertad marroquí, de septiembre de 2012, en virtud de la cual se solicita a las autoridades marroquíes competentes la comprobación de si el solicitante extranjero reside habitualmente en territorio nacional marroquí y que se denegase la Kafala a los extranjeros sin residencia habitual en Marruecos. Con ella se ha dado pie a un debate sobre si se había definitivamente suprimido la posible Kafala transnacional en el Reino de Marruecos, aun cuando no parece que su ámbito de aplicación incluya a los marroquíes en el extranjero y, desde luego, la posibilidad está incluida en la Ley 15-01¹⁰⁴, siendo necesario no prohibir sino controlar realmente la situación de los menores¹⁰⁵.

65. Por último, en relación a la existencia de distintos tipos de Kafala, su constitución en el ámbito del derecho islámico puede producirse de formas diversas, no todas igualmente garantistas en relación a la protección del menor, cuya incidencia será relevante para sus posibles efectos en materia de prestaciones sociales como después analizaremos. Nos referimos a la ya consolidada diferencia entre la Kafala judicial y la Kafala notarial o voluntaria.

66. La Kafala judicial se decreta judicialmente cuando los menores quedan en situación de abandono, situación que requiere su previa declaración judicial y la posterior sustanciación del procedimiento que finaliza con la resolución del juez concediendo la Kafala¹⁰⁶. Además, se prevé con posterioridad el seguimiento o control de la situación del menor por parte del juez tutelar¹⁰⁷.

67. La Kafala notarial o voluntaria, como también se la denomina, plantea muchas suspicacias a nivel jurídico en cuanto a la posibilidad de otorgarle cierta eficacia. Dicha Kafala no se constituye sobre menores en situación de abandono, sino que tiene su origen en la simple voluntad de los progenitores de delegar en otra persona (que puede o no ser miembro de su familia) las funciones propias de la patria potestad (es decir, las funciones de los tutores son similares a las asumidas en la Kafala judicial). No se formaliza a través de la intervención de un juez sino como acto de naturaleza privada que puede o no constar en un acta adular, es decir, que la intervención de un notario que de fe de la celebración de este acuerdo privado puede, incluso, no existir, y que por tanto no haya constancia oficial de la constitución

¹⁰¹ Así lo afirma M. VIDAL GALLARDO, “La kafala del Derecho islámico como instrumento de protección del menor. STJUE de 26 de marzo de 2019”, ob.cit., p. 3. Como ejemplos, Irán, Mauritania o Egipto.

¹⁰² Art. 24 Ley 15-01.

¹⁰³ La Circular del Ministerio de Justicia de 1 de julio de 2003, citada por C. RUIZ SUTIL, “La mujer kafila y la recepción de la Kafala marroquí en el ordenamiento jurídico español”, ob.cit., p. 156, determina que el traslado de residencia del menor a España necesita previa autorización del juez marroquí, que examina si el país de acogida reconoce la Kafala. También garantiza el derecho de visita de los menores trasladados por parte de sus padres biológicos.

¹⁰⁴ <https://www.yabiladi.com/articles/details/12199/adoption-nouvelle-circulaire-kafala-concerne.html>. Sobre las distintas posturas doctrinales al respecto, X. ORBEGOZO MIGUEL, “Imposibilidad de privar de patria potestad a los padres biológicos en virtud de una Kafala en España”, ob.cit, p. 1008. Pero afirma que ha disminuido el número de menores que han venido a España en régimen de Kafala I. REQUERA ALONSO, “Cuestiones jurídicas sobre la familia marroquí inmigrante en España”, *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar*, nº 8, 2020, p. 22.

¹⁰⁵ En este sentido, M. MARCHAL ESCALONA, “La kafala islámica: problemática y efectos”, *Actas del I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del S. XXI*, Comares, 2013, p. 242.

¹⁰⁶ En el caso de la Kafala marroquí, vid. arts. 14 y ss. Ley 15-01 de Kafala de menores abandonados.

¹⁰⁷ En el caso de la Kafala marroquí, vid. arts. 19 y ss. Ley 15-01 de Kafala de menores abandonados.

de la Kafala¹⁰⁸. Lógicamente este tipo de Kafala carece de los seguimientos y controles respecto de la situación del menor que están previstos para la Kafala judicial, siendo frecuente su constitución para permitir que los menores trasladen su residencia a otro país con el kafil. Sobre tal falta de control doctrina ha manifestado el posible encubrimiento que esta institución ha podido suponer de situaciones de explotación y maltrato a los menores¹⁰⁹.

2. Naturaleza jurídica

68. Sobre la posible asimilación de esta institución respecto a las que en nuestro ordenamiento jurídico cumplen funciones similares, como son la adopción o el acogimiento preadoptivo o permanente, tanto el legislador como la doctrina y la Administración han venido manifestando su rechazo a la equiparación con la adopción, y una postura más flexible en cuanto a su asimilación con el acogimiento. Esto no es cuestión baladí en lo que se refiere al derecho a prestaciones sociales, puesto que algunas excluyen claramente de su ámbito de aplicación a las relaciones familiares que no se basen en vínculos de filiación biológica o adoptiva, caso de las pensiones de orfandad.

69. Pero la falta de una precisión concreta a nivel normativo de sus efectos en materia de Seguridad Social se ha traducido en la existencia de unos confusos e incoherentes criterios jurisprudenciales, que oscilan entre asimilar la Kafala con una u otra figura, o con ninguna. Entendemos que probablemente no debería resultar necesario realizar tantos esfuerzos en intentar buscar una identificación que se plantea a todas luces complicada. Lo realmente importante debe ser que haya una determinación por parte del poder público acerca de si esta institución puede dar lugar a una situación de necesidad equiparable a las protegidas por nuestro Sistema, sin crear diferencias de trato injustificadas respecto a otras no protegidas. Como indica DIAGO DIAGO¹¹⁰, ni la adopción, ni el acogimiento, ni la tutela, tienen suficiente versatilidad para dar respuesta a las diferentes conformaciones de la Kafala, por lo que es mejor analizar cada caso concreto y fijar, en cada supuesto planteado, la función que ésta desarrolla y sus posibles consecuencias.

70. Si atendemos a las referencias normativas que puedan aventurar la naturaleza jurídica de instituciones como la Kafala, a efectos de las adopciones internacionales la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, indica que “*Las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que según la ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación, se equiparán al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el Derecho español*”¹¹¹. Por lo tanto, aun no haciendo alusión directamente a ella le sería aplicable este precepto, pero en relación a la única situación que esta Ley regula. Y la asimilación se produce con el acogimiento familiar o la tutela, en ningún caso la adopción.

71. En este sentido también resulta de interés la interpretación que hace el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea sobre el alcance de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹¹², en relación a menores sobre los que se ha constituido una Kafala judicial argelina. Y ello teniendo en cuenta que su art. 2 considera miembros de la familia a

¹⁰⁸ Sobre la distinción entre los distintos tipos de Kafala, y la posible existencia de Kafala notarial sin intervención administrativa ni judicial, se pone de manifiesto en la STS 9 de diciembre de 2011, rec. 2917/2010, en la que se plantea la denegación del visado de residencia a un menor respecto del cual se constituye Kafala notarial con intervención administrativa. En tal caso, al tutor no se le considera representante legal del menor en España a los efectos de reagrupación familiar.

¹⁰⁹ P. DIAGO DIAGO, “La Kafala islámica en España”, ob.cit., p.149, refiere el caso de menores procedentes de Marruecos que son llevados a otros países bajo esta institución para trabajar como empleados domésticos (los llamados “petites bonnes”), calificándolo como una forma de moderna esclavitud. Vid. También, N. MARCHAL ESCALONA, “La Kafala marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”, *Revista Internacional de Jurisprudencia*, nº 3, 2013.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 158.

¹¹¹ Art. 34.

¹¹² DOUE 29 junio 2004.

los descendientes y ascendientes “directos”, pero el art. 3.2 a) lo amplía a “*cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal*”. A estos efectos, el Tribunal considera que los menores no son descendientes directos al no existir vínculo de filiación, pero que sí pueden considerarse como “otro miembro de la familia” al entender que las relaciones afectivas que mantienen con sus tutores pueden encajar en el concepto de vida familiar, habida cuenta del tiempo que viven juntos, el nivel cualitativo de esas relaciones y el papel que los adultos adoptan frente a los menores. Es más, en virtud del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales debe protegerse al individuo cuando el vínculo familiar resulte acreditado, permitiendo que tal vínculo se desarrolle y otorgando el nivel de protección jurídica que posibilite la integración de los menores en sus familias¹¹³. Conforme a esta doctrina parece evidente que, por una parte, no hay asimilación entre Kafala y adopción y, por otra, que ello no impide que se le reconozcan efectos jurídicos que permitan facilitar la integración del menor en la vida familiar. Este criterio, sin duda, resulta bastante significativo si nos cuestionamos el derecho a prestaciones de Seguridad Social de los tutores de menores sobre los que se ha constituido una Kafala judicial.

72. En lo que a la Administración se refiere, la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales, establece, de forma explícita, que “*puede considerarse en España como un acogimiento familiar*”. Y ello fundamentalmente porque “*No se producen, en consecuencia, ni la modificación del orden sucesorio en la herencia causada por cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni el nacimiento de vínculo de parentesco alguno ni, en consecuencia, impedimentos para el matrimonio*”, pero, a pesar de ello, cumple con una función similar al acogimiento por cuanto “*se produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral*”.

73. Por último, la doctrina tiende a considerar, en la gran mayoría de los casos, que la Kafala no puede identificarse con la adopción al no crear el vínculo jurídico de filiación¹¹⁴, apoyando varios autores su mayor cercanía con las funciones que cumple el acogimiento en nuestro ordenamiento jurídico¹¹⁵.

74. Teniendo en cuenta lo expuesto, consideramos que hace falta la determinación, a nivel normativo, de los efectos de la Kafala, judicial o notarial, en materia de Seguridad Social, a nuestro juicio no equiparable a la adopción pues no crea vínculos de filiación y no puede poner en situación de mejor derecho a los menores tutelados por Kafala respecto a los que están en régimen de acogimiento preadoptivo o permanente. Dados los distintos criterios expuestos parece que su funcionamiento, aun no siendo idéntico, tiene similitudes con el acogimiento familiar y podría dar lugar a que se genere una situación de necesidad para los progenitores similar a la que dicha institución produce y que nuestro Sistema de Seguridad Social protege. Pero estas afirmaciones entendemos pueden aplicarse a la Kafala judicial, pues la Kafala notarial no nos parece que disponga de los medios de control suficientes para comprobar que los tutores estén cumpliendo sus funciones y sean, por ello, merecedores de prestaciones sociales en interés del mejor cuidado del menor.

¹¹³ Citando otras STEDH en las que se repite este criterio, por todas de 16 de diciembre de 2014 (asunto *ChbihiLoudoudi*).

¹¹⁴ Por todos, R.M. ALONSO GARCÍA, “Dos ejemplos de la difícil identidad de supuestos en unificación de doctrina: transexualidad y kafala”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 79, 2009, p. 70, I. REQUERA ALONSO, “Cuestiones jurídicas sobre la familia marroquí inmigrante en España”, ob.cit., p. 22 y A. ORTEGA GIMÉNEZ, “La Kafala de Derecho Islámico: naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, ob.cit., p.823 y M. VIDAL GALLARDO, “La kafala del Derecho islámico como instrumento de protección del menor. STJUE de 26 de marzo de 2019”, ob.cit., p. 11. Sin embargo, P. DIAGO DIAGO, “La Kafala islámica en España”, ob.cit., p.159, parece justificar su equiparación con la adopción a efectos del percibo de la pensión de orfandad.

¹¹⁵ R.M. ALONSO GARCÍA, *ibidem*, p. 70 y A. ORTEGA GIMÉNEZ, *ibidem*, p. 825.

3. Efectos en el derecho a prestaciones de Seguridad Social españolas

A) La previsión de la “Mudawana” marroquí

75. En primer lugar, y aun cuando no supone una norma aplicable dentro del territorio español, resulta interesante lo previsto en el Código de Familia marroquí sobre esta cuestión puesto que, como veremos, las resoluciones de los Tribunales otorgan efectos a esta institución en materia de Seguridad Social, aun sin contar con una regulación jurídica en ningún instrumento normativo de carácter nacional o internacional. En este sentido, establece que la persona que asume la Kafala (el kafil) se beneficiará de las indemnizaciones y los subsidios sociales concedidos por parte del Estado a los padres por sus hijos, los establecimientos públicos o privados o las colectividades locales o sus agrupaciones¹¹⁶, previsión que también está recogida en otros países islámicos¹¹⁷. De esta forma, incorpora una singular equiparación entre el makful y los hijos biológicos que, sin lugar a dudas, en el ámbito del derecho marroquí lleva a una plena asimilación del derecho a prestaciones sociales de los padres biológicos y de los kafils respecto de los menores a su cargo. A falta de mayor precisión, incluiría todas las prestaciones que allí puedan estar reguladas.

76. Ahora bien, lo que en ningún caso se puede deducir de este precepto es que al menor tutelado (makful) le vayan a corresponder, a “sensu contrario”, las prestaciones sociales a las que puedan causar derecho los hijos biológicos en el ordenamiento jurídico marroquí. Es decir, no les otorga tal norma derecho a lo que las normas españolas regulan como pensiones de orfandad o a cualquier subsidio de similar naturaleza que allí pueda establecerse¹¹⁸. Huelga decir, además, que el hecho de que exista tal previsión en el Código de Familia marroquí no vincula, en ningún sentido, al ordenamiento jurídico español, en cuyo ámbito se pueden articular las relaciones paterno-filiales a través de otras instituciones jurídicas. Cuestión distinta es que sirva para reforzar la necesidad de tutelar el interés superior del menor cuando la Kafala sale del ámbito territorial, jurídico, social y cultural en el cual tiene sentido, y apoyar su mayor cercanía a las finalidades del acogimiento español. Además, tampoco tendría por qué ser un criterio de interpretación válido para todo tipo de Kafalas constituidas al amparo de otros países islámicos.

B) La diversa interpretación de los Tribunales

77. Como ya se ha indicado anteriormente, ninguna norma, ni estatal ni de carácter internacional (como pueda ser un convenio bilateral o multilateral de Seguridad Social), tiene previsión alguna sobre los efectos que la Kafala va a tener en el reconocimiento de prestaciones del Sistema español de Seguridad Social, cuestión sobre la que sí existen diversos pronunciamientos judiciales.

78. Sin duda, tal situación crea un grave problema que afecta a la protección y seguridad jurídica de menores, y demanda una solución a nivel normativo que podría enfrentarse con el problema de definir claramente la naturaleza jurídica de la Kafala en nuestro ordenamiento jurídico. Y indicamos que constituye un problema porque, para un sistema normativo caracterizado por su carácter tutivo y protector ante situaciones de desamparo como es el regulador del Sistema de Seguridad Social, no asimilar la Kafala a la adopción implica expulsar a los menores del derecho a las prestaciones que les pudiesen corresponder. Sin embargo, como ya se indicó anteriormente, no tiene por qué ser necesario el imponer una equiparación fija entre distintas instituciones a todos los efectos, lo importante es delimitar la situación de necesidad que produce en el ámbito de la Seguridad Social y establecer, de forma clara, las prestaciones en las que pueda tener efecto.

¹¹⁶ Art. 25.

¹¹⁷ Tal y como se deduce de la STJUE 26 de marzo de 2019 (asunto *SM*), pues así lo afirma en su considerando 27 respecto de la Kafala judicial argelina.

¹¹⁸ En este sentido, P. DIAGO DIAGO, “La Kafala islámica en España”, *ob.cit.*, p. 146.

79. Tal y como a continuación exponemos, existen dispares criterios judiciales sobre los efectos que la Kafala puede tener en el reconocimiento del derecho a diversas prestaciones, algunos de ellos con poco sentido y que, incluso, generan diferencias de trato no justificadas entre distintas instituciones como la Kafala y el acogimiento.

a) Efecto en la pensión de orfandad

80. En primer lugar, debemos tener en cuenta que, según la LGSS¹¹⁹, sólo pueden ser beneficiarios de la pensión de orfandad los “*hijos e hijas del causante o de la causante fallecida, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación*”. Por lo tanto, están excluidos del derecho a la misma los menores que no tengan vínculos de filiación con el causante la cual, conforme al art. 108 Código Civil, sólo se puede adquirir por naturaleza o por adopción.

81. Además, también debe recordarse que, según el propio Tribunal Supremo, no resulta discriminatoria esta diferencia de trato entre los hijos biológicos o adoptados y los menores que están en situación de acogimiento. En su sentencia de 3 de noviembre de 2004¹²⁰ argumenta, por una parte, que no puede mantenerse que sea contrario al principio de igualdad, pues lo que exige el respeto a tal principio es que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, de modo que lo prohibido son las desigualdades que resultan artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterio objetivo y razonado. En definitiva, la igualdad sólo queda violada si la desigualdad esta desprovista de una justificación objetiva y razonable. Por otra, que la naturaleza, constitución y efectos de ambas situaciones son distintas y su régimen regulador en el Código Civil también es diferente.

82. Sentadas estas premisas, y teniendo en cuenta la importancia de la filiación en el derecho a las pensiones de orfandad españolas, debemos analizar el contenido de las resoluciones de los Tribunales que otorgan el derecho a pensiones de orfandad a dos menores respecto de los cuales se había constituido una Kafala judicial. En realidad, la más importante es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 31 de enero de 2008¹²¹, pues la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009¹²² no admite el Recurso de casación para la unificación de doctrina que frente a dicha resolución interpone el INSS. Tomando como referencia la antes citada sentencia de 3 de noviembre de 2004, el Alto Tribunal considera que hay falta de contradicción al constituir situaciones diferentes la Kafala y el acogimiento de menores.

83. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid resuelve acerca de la solicitud de pensiones de orfandad de dos menores de nacionalidad marroquí, respecto de los cuales el sujeto causante, afiliada al Régimen Especial de Empleados de Hogar, había constituido una Kafala judicial en Marruecos. Dichos menores habían obtenido permiso de residencia por reagrupación familiar y, curiosamente, el marido de la causante tenía reconocido el derecho a pensión de viudedad en un porcentaje del 70%. Es decir, implícitamente el INSS previamente había dado efectos jurídicos a la Kafala para incrementar la cuantía de la pensión al kafil. Pero hay que tener en cuenta que la norma que reconoce este incremento, en caso de pensionistas con cargas familiares, entiende por tales a los hijos y menores acogidos que conviven con el beneficiario¹²³. En definitiva, en modo alguno el INSS había previamente reconocido efectos jurídicos a la Kafala que la equiparen a la adopción.

¹¹⁹ Art. 224.1.

¹²⁰ Rec. 2345/2003.

¹²¹ Rec. 2423/2007.

¹²² Rec. 957/2008.

¹²³ Art. 31.2 Decreto .3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad social y condiciones para el derecho a las mismas, BOE de 23 diciembre 1966.

84. Dicha sentencia trae causa del recurso de suplicación que el INSS plantea frente a la sentencia del Juzgado de lo Social que reconoce el derecho a estos menores a las pensiones de orfandad fundamentado, sobre todo, en la aplicación del principio de igualdad de trato y la interdicción de una posible discriminación indirecta por razón de filiación, al no poder adoptarse a los menores en su país de origen. En este sentido, el juzgador consideró necesario procurar una equiparación de derechos para satisfacer las necesidades de los hijos a los que su Ley personal impide el acceso a la adopción, pues no deben sufrir peor situación económica familiar por el hecho de que no puedan adoptarles sus padres. Pero este argumento lo que no plantea es la diferencia de trato que produce respecto a los menores en situación de acogimiento legal, pues si no llegan a ser adoptados conforme a la aplicación de su Ley personal también quedan fuera del reconocimiento del derecho.

85. Por otra parte, también argumenta el juzgador que cabe dar esa interpretación a la LGSS al no incorporar una diferenciación expresa entre los hijos en relación a su filiación. No puede compartirse, en ningún caso, tal afirmación, puesto que dicha norma claramente limita el alcance de las pensiones de orfandad a los menores respecto de los cuales hay lazos de filiación, perfectamente acotados en el Código Civil. Es decir, esa falta de diferenciación en ningún caso alcanza a menores respecto de los cuales el vínculo de filiación no existe.

86. El recurso que plantea el INSS toma como referente en su argumentación, no la posible existencia de discriminación indirecta, sino el contenido de la analizada Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por lo que insiste en que la Kafala islámica no puede tener efectos equiparables a la adopción y que es más asimilable al acogimiento familiar. A partir de ahí, con base en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2004 rechaza un razonamiento que pueda basarse en la posible desigualdad de trato de los menores.

87. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirma la sentencia de instancia reconociendo el derecho a la pensión de orfandad de los dos menores, pero con argumentos completamente diferentes, a nuestro juicio bastante cuestionables. Fundamentalmente el Tribunal se basa en tres postulados jurídicos, dos inicialmente válidos y uno cuya admisión resulta más complicada. Puede compartirse su defensa acerca de la inexistencia de discriminación indirecta. Y también su criterio de que no es posible hacer una equivalencia directa entre la Kafala y la adopción o el acogimiento, siendo lo razonable hacer una comparación entre las funciones sociales que la adopción y la Kafala cumplen para determinar si ambas pueden ser equiparables en cuanto situación de necesidad a proteger por nuestro Sistema de Seguridad Social. El problema lo encontramos en los fundamentos jurídicos sobre los que el segundo de estos postulados se sustenta.

88. Como tercer argumento, relacionado con el que consideramos el principal obstáculo en relación a la problemática analizada, el Tribunal afirma que la LGSS en el actual art. 224.1 no debe interpretarse de forma restrictiva, pudiendo entenderse incluido en el término “filiación” tanto la ilegítima como la alegal. En ningún caso nos parece que pueda realizarse tal interpretación, que deslegitimaría por completo el sentido de este precepto y que, incluso, podría llevar a integrar al acogimiento. Ni tampoco puede compartirse la afirmación del Tribunal en cuanto a que la exigencia de filiación puede valorarse como un requisito garantizador del compromiso asistencial. El legislador, claramente, ha querido limitar el derecho a pensiones de orfandad a menores con vínculo de filiación, entre otros motivos para proteger relaciones paterno-filiales que son jurídicamente permanentes y prácticamente irreversibles, independientemente de la edad que llegue a alcanzar el menor. Y ese término no puede interpretarse de otra manera que no sea conforme a lo que establece el Código Civil.

89. Efectivamente, como argumenta el Tribunal, la desigual protección en relación al acogimiento no afecta al principio de no discriminación ni al de igualdad, pues se conciben como situaciones claramente diferenciadas en el Código Civil y no comparables en términos de igualdad.

90. Tampoco pueden compartirse sus afirmaciones relativas a la asimilación de funciones sociales entre Kafala y adopción, según él “*con la misma extensión asistencial*”, lo que le lleva, incluso, a aseverar que denegar el derecho a las pensiones de orfandad vulnera la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, al establecer el derecho de los extranjeros a acceder al Sistema de Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles¹²⁴. Y ello en base a las consideraciones que procedemos a exponer.

91. En primer lugar, se afirma que el compromiso de garantía asistencial es menos intenso en el acogimiento, entre otros datos porque su extinción no se condiciona a una anulación judicial y puede solicitarse por las personas que tienen acogido al menor, aspectos no recogidos en la regulación de la Kafala marroquí. Efectivamente la doctrina ya ha puesto de manifiesto que la función social de la Kafala resulta más cercana a la configuración de la adopción que a la del acogimiento¹²⁵, pero eso no implica, en ningún caso, que ambas instituciones den lugar a idéntica situación de necesidad. Entre otros aspectos a tener también en cuenta, pero que ha obviado el Tribunal, la adopción no tiene como causa de extinción el cumplimiento de la mayoría de edad, porque crea un vínculo definitivo de filiación, y sí es causa para la Kafala marroquí¹²⁶, cuestión que no es irrelevante teniendo en cuenta que las pensiones de orfandad pueden seguir percibiéndose más allá del cumplimiento de la mayoría de edad del beneficiario¹²⁷. Y también ha obviado que la Kafala puede extinguirse por incapacidad de la mujer encargada y, sobre todo, que permite que los padres del menor abandonado puedan recuperar su tutela por decisión judicial¹²⁸. Es decir, que no existe una identidad de situaciones que permita extrapolar todo el régimen jurídico de las pensiones de orfandad a los menores en situación de Kafala. Por tanto, si se quiere ampliar el número de sujetos protegidos por la pensión de orfandad entendemos que también habría que incluir a los menores acogidos, pues igualmente los tutores asumen las funciones propias de la patria potestad respecto del menor y supondría una desigualdad de trato no justificable que quedaran excluidos, sólo por serles aplicable el ordenamiento jurídico español.

92. Ciertamente hay una situación que puede distorsionar la posición jurídica de los menores sobre los que se constituye la Kafala y que la hace diferir de la protección que reciben los que están acogidos, cual es la inicial imposibilidad de que puedan ser adoptados, salvo que el menor se encuentre en situación de desamparo, conforme a lo previsto en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional¹²⁹, cuestión sobre la que hay controversia a nivel judicial¹³⁰. Por lo tanto, no se puede afirmar categóricamente que estos menores no puedan ser adoptados, citando, como ejemplo, la resolución de la Audiencia Provincial de Málaga, de 30 de junio de 2016¹³¹, en la cual se admite la adopción del menores sobre el que se constituyó Kafala judicial dado que estuvo tutelado desde su nacimiento por una institución benéfica marroquí hasta que fue entregado a los kafils.

93. En segundo lugar, el Tribunal se apoya en la ya analizada previsión del art. 22 Ley 15-01 sobre el derecho de los tutores a las indemnizaciones y subsidios que, como ya indicamos, no tiene previsto que el menor también reciba las prestaciones que le pudiesen corresponder en cuanto hijo biológico o adoptivo.

¹²⁴ Arts. 10.1 y 14.1 LGSS.

¹²⁵ P. DIAGO DIAGO, “La Kafala islámica en España”, ob.cit., p.154.

¹²⁶ Art. 25 Ley 15-01.

¹²⁷ Art. 224.2, puede llegar a los 25 años salvo incapacidad del menor, que no tiene límite de edad. J. MOLINS GARCÍA-ATANCE, “La kafala y las prestaciones de Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 171, 2014, pone de manifiesto la disfunción que se produce, a su juicio de carácter accesorio.

¹²⁸ Art. 29 Ley 15-01.

¹²⁹ Art. 19.4: “*En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública*”, añadido por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE de 28 julio 2015. Sobre el particular, J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “La Kafala, ni es adopción, ni puede llegar serlo”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 6, 2016, p. 248, que indica que el derecho francés la admite si ha nacido o reside en Francia habitualmente.

¹³⁰ Sobre ella, M. MARCHAL ESCALONA, “La kafala islámica: problemática y efectos”, ob.cit., p. 264.

¹³¹ Nº 484/16.

94. Por último, teniendo en cuenta que la Kafala no crea vínculos de filiación, y eso es indiscutible, no es posible afirmar que la denegación de la pensión de orfandad pueda suponer la vulneración de la Ley 4/2000, puesto que los menores podrán tener derecho a las prestaciones de Seguridad Social que pueda generar su concreta situación jurídica, no a todas las previstas sin más. Eso sí, es a todas luces deseable que, como ya hemos venido reiterando, el legislador determine, de forma concreta, qué efectos debe generar la Kafala en el ordenamiento jurídico-laboral para permitir la mejor protección del interés superior del menor. Pero ello sin crear situaciones no justificadas de sobreprotección frente a otras instituciones que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

95. En conclusión, ni puede afirmarse que exista una equivalencia jurídica entre la Kafala y la adopción en cuanto a la situación de necesidad que generan conforme a sus correspondientes regulaciones, ni cabe afirmar que el art. 224 LGSS se pueda interpretar de manera que incluya la protección de menores no ligados por vínculos de filiación respecto del causante¹³², ni creemos existan argumentos jurídicos suficientes como para dar mayor protección social a los menores en situación de Kafala respecto de los que están en situación de acogimiento legal¹³³. Hay que tener en cuenta, además, que todo lo expuesto se refiere a un supuesto de Kafala judicial, por lo que, en ningún caso, tal doctrina podría extrapolarse para justificar el derecho a pensión en casos de Kafala notarial.

96. Cierto es que no es ajeno al Derecho de la Seguridad Social el reconocimiento de prestaciones relacionadas con el cuidado de menores cuando la situación determinante no está legitimada por nuestro ordenamiento jurídico, caso de la gestación subrogada¹³⁴. Pero, en tal supuesto, la situación de necesidad creada sí podemos afirmar que tiene el mismo alcance en comparación con la maternidad biológica y que es necesario proteger el interés del menor desde la perspectiva de facilitar su atención y cuidado¹³⁵.

b) Efecto en las prestaciones y subvenciones por nacimiento y cuidado del menor

97. Estas prestaciones tienen distinta finalidad respecto a la pensión de orfandad, pues se reconocen, no al menor, sino a las personas a cuyo cargo están para posibilitar su atención y cuidado mediante la suspensión de su relación contractual y el correspondiente percibo de una prestación económica, en clara conexión con las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar. Difieren, de forma sustancial, respecto a lo indicado para las pensiones de orfandad, puesto que en la LGSS se consideran situaciones protegidas “*el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar*”¹³⁶. Es decir, se pueden beneficiar tanto los progenitores, como los adoptantes y tutores de menores en situación de guarda o acogida legal. Vislumbramos así que el encaje de la situación de necesidad creada por la constitución de una Kafala resulta claramente asimilable con la que la norma pretende proteger, por su ya analizada similitud con las funciones de la adopción y los efectos jurídicos del acogimiento familiar. Además, aquí sí que debe valorarse el interés superior del menor y la necesidad de permitir a los kafils que puedan disponer del tiempo necesario para su cuidado.

98. Desde esta óptica, compartimos, el criterio sustentado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, manifestado en sentencia de 26 de junio de 2019¹³⁷, que reconoce el derecho a prestación por maternidad al kafil de un menor nacional de Marruecos, sobre el que se había constituido en dicho

¹³² En este sentido, M.G. QUINTERO LIMA, “Globalización y Seguridad Social: sentencias sobre kafala y pensión de orfandad”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 17, 2008, p. 17.

¹³³ En sentido contrario, M. MARCHAL ESCALONA, “La kafala islámica: problemática y efectos”, *ob.cit.*, p. 268, que está a favor del reconocimiento en términos de justicia material.

¹³⁴ STS 19 de octubre de 2016, rec. 1650/2015.

¹³⁵ M.J. CERVILLA GARZÓN, “Gestación subrogada y derecho a prestación por maternidad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2017.

¹³⁶ Art. 177.

¹³⁷ Rec. 1960/2019.

país una Kafala judicial. Dicha sentencia trae causa del recurso de suplicación que el INSS plantea frente a la sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona, de 23 de julio de 2018, pero por una cuestión no de fondo sino meramente formal. Así, el INSS entiende que no puede reconocerse el derecho a prestación porque, para equiparar la Kafala al acogimiento con plenas garantías, debe solicitarse del órgano competente de la administración autonómica que conforme o indique si puede considerarse válidamente constituida, según lo dispuesto en un citado criterio del INSS 77/2003-04¹³⁸. En el supuesto planteado faltaba tal declaración de idoneidad.

99. El Tribunal se centra, fundamentalmente, en tres argumentaciones para rechazar el criterio del INSS. En primer lugar, reitera la no asimilación de la Kafala a la adopción, al no producir vínculo de filiación, y su equiparación al acogimiento (o, en su caso, incluso la tutela). Y ello en base al ya citado criterio de la Dirección General de Registros y Notariado y a lo previsto en el art. 34 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional.

100. En segundo lugar, rechaza asimilar la situación de hecho valorada en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 3 de octubre de 2018, en relación a las prestaciones no contributivas (que analizamos en el siguiente epígrafe), por plantearse en ella la problemática respecto de una Kafala no judicial, sino notarial o voluntaria.

101. Por último, a su juicio los requisitos exigibles para realizar la equiparación son los determinados por la Ley 54/2007¹³⁹, considerándolos cumplidos pues son básicamente los siguientes:

- Que los efectos sustanciales sean equivalentes a los del acogimiento o la tutela.
- Que la institución haya sido acordada por autoridad extranjera competente, judicial o administrativa.
- Que los efectos no vulneren el orden público español atendiendo al interés superior del menor.
- Que el documento reúna los requisitos formales de autenticidad, consistentes en legalización o apostilla y en la traducción al idioma español.

102. En conclusión, en esta resolución directamente se acude a la asimilación entre Kafala y acogimiento, y se refuerza la validez de la Kafala judicial frente a la notarial o voluntaria para el reconocimiento de prestaciones sociales.

103. En este orden de cosas, lo que carece de sentido es el criterio manifestado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en sentencia de 20 de diciembre de 2013¹⁴⁰, que resuelve sobre la solicitud de subvenciones por nacimiento o adopción reguladas por Comunidades Autónomas como ésta. Además, el supuesto de hecho planteado en dicha resolución también parte de la constitución de una Kafala judicial, y tiene su origen en la denegación de la subvención al kafil por no estar el menor inscrito en el Libro de Familia, que confirma dicha sentencia.

104. Y manifestamos que no tiene sentido porque la Ley que regula la concesión de tales ayudas, cual es la 1/2007, de 7 de marzo, de Medidas de Apoyo a las Familias de la Comunidad de Castilla y León¹⁴¹, recoge un concepto amplio de familia destinataria al entender por tales “*los grupos de convivencia de dos o más personas unidas por razón de matrimonio parentesco, adopción, tutela y acogimiento*”¹⁴². Es decir, coincide con los posibles beneficiarios de las prestaciones por nacimiento y

¹³⁸ RJ 25/2012, de 3 de abril.

¹³⁹ Pues la propia Administración emite informe rechazando tener competencia para emitir informes de idoneidad, porque no se trata de adopción sino de acogimiento.

¹⁴⁰ Rec. 1077/2010, recogido también en sentencia 11 de mayo de 2015, rec. 35/2012.

¹⁴¹ BOE 29 marzo 2007.

¹⁴² Art. 2.

cuidado del menor en los términos analizados, y de la misma manera y por los mismos motivos debería ser reconocida.

105. Ciertamente, las Bases reguladoras específicas de la convocatoria de tales subvenciones, previstas en la Orden FAM/112/2009, de 20 de enero, delimitan de forma más restrictiva los requisitos de los beneficiarios, pues exige que conste la adopción o el nacimiento del menor en el Libro de Familia. Pero, por aplicación del principio de jerarquía normativa, sin duda debe prevalecer el concepto de familia de la Ley 1/2007 que es el que, por otra parte, permite equiparar criterios entre distintas normas jurídicas y dar coherencia al reconocimiento de beneficios sociales de los kafils en el caso de Kafalas constituidas en la modalidad judicial.

c) Efecto en las prestaciones no contributivas

106. Una de las prestaciones no contributivas, relacionadas con el nacimiento o cuidado de menores, es la prevista en los arts. 181 y ss. LGSS para las trabajadoras que, en caso de parto, no reúnan el periodo mínimo cotizado para poder solicitar la prestación por nacimiento y cuidado del menor. Obviamente la situación de hecho protegida, limitada a la maternidad biológica, no alcanza a la que da origen la constitución de la Kafala y, por lo tanto, no tiene sentido plantear un posible reconocimiento del derecho a la misma a las mujeres kafils.

107. Por otra parte, los arts. 351 y ss. LGSS regulan las prestaciones familiares en su modalidad no contributiva, siendo una de ellas, conforme su apartado a) “*Una asignación económica por cada hijo menor de dieciocho años de edad y afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por ciento, o mayor de dicha edad cuando el grado de discapacidad sea igual o superior al 65 por ciento, a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, así como por los menores a su cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción, que cumplan los mismos requisitos*”. Según el art. 352.1 b) de dicha norma, tiene derecho a dicha asignación quienes “*Tengan a su cargo hijos o menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción*” si residen en territorio español.

108. También hay que tener en consideración que para solicitar el Ingreso Mínimo Vital, prestación no contributiva por excelencia, conforme a la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, pueden ser titulares las personas integradas en una unidad de convivencia, entendiéndose por tal “*la constituida por todas las personas que residan en un mismo domicilio y que estén unidas entre sí por vínculo matrimonial, como pareja de hecho o por vínculo hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad, adopción, y otras personas con las que convivan en virtud de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente*”¹⁴³, en cuyo caso “*deberán tener una edad mínima de 23 años, o ser mayores de edad o menores emancipados en caso de tener hijos o menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente o huérfanos absolutos cuando sean los únicos miembros de la unidad de convivencia y ninguno de ellos alcance la edad de 23 años*”¹⁴⁴.

109. La única sentencia que alude al posible derecho de los kafils a estas prestaciones entendemos se refiere a la posibilidad contemplada en los arts. 351 y ss (aun cuando alude al art. 181 y ss, no tiene sentido en el contexto de la sentencia al indicarse claramente que lo solicitado es la asignación no contributiva por hijo a cargo) pero, visto lo que indica la Ley reguladora del Ingreso Mínimo Vital, sus argumentaciones podrían ser extensibles a esta prestación. Nos referimos a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 3 de octubre de 2017¹⁴⁵, que trae causa de la denegación por parte

¹⁴³ Art. 6.1.

¹⁴⁴ Art. 5.2.

¹⁴⁵ Rec. 3666/2017.

del INSS de la prestación no contributiva por hijo a cargo a la tía de un menor sobre el que se había constituido una Kafala notarial en Argel. El Tribunal deniega el derecho a la prestación porque considera que para poder tener efectos en materia de Seguridad Social debe ser una Kafala judicial.

110. A su juicio la Kafala puede equipararse al acogimiento si ha intervenido una autoridad judicial o administrativa, no siendo posible con la mera manifestación de los padres de conferir la tutela de su hijo, sin comprobación del estado de desamparo en el que se pueda encontrar. Afirma el Tribunal que, para que el acogimiento surta efectos en nuestro derecho, estará sometido al control de una autoridad pública, y así es conforme a lo previsto en el art. 174.1 Código Civil¹⁴⁶. Y ello aun cuando se le haya renovado la residencia temporal por reagrupación familiar, que por sí sola no considera que constituya base legal para el reconocimiento de prestaciones sociales.

111. Nos parece evidente que, estando integrado el acogimiento como situación protegida, y haciendo extrapolable la doctrina analizada en relación a la prestación por nacimiento y cuidado del menor, idéntico criterio debe seguirse en relación a estas prestaciones en cuanto a posibilitar su reconocimiento a los kafils. Pero el factor diferenciador que aquí se introduce consiste en la denegación de efectos a la Kafala notarial en el ámbito del Sistema de Seguridad Social, cuestión que no formaba parte del supuesto de hecho que resolvían las sentencias antes analizadas. En este sentido, entendemos que los argumentos del Tribunal deben ser aceptados y, en cualquier caso, deberían ser seguidos como criterio único para todas las prestaciones del Sistema, pues no tendría sentido no darle efectos para las prestaciones no contributivas, pero sí en otras como el nacimiento y cuidado del menor.

112. En definitiva, si la Kafala es se corresponde con la judicial, para las prestaciones no contributivas indicadas debe seguirse el mismo criterio aplicado a las prestaciones por nacimiento y cuidado del menor, admitiéndose el reconocimiento a los kafils. A “sensu contrario”, en caso de Kafala notarial la falta de garantías y control sobre la misma debería impedir tal reconocimiento, en términos generales.

d) Efecto en la prestación por desempleo

113. El art. 270.3 LGSS contempla el incremento de la cuantía máxima y mínima de la prestación contributiva por desempleo si el desempleado tiene hijos a cargo¹⁴⁷, siendo posible, en tal caso, percibir un importe superior. Pero el precepto no realiza ninguna precisión sobre el alcance que el concepto “hijo a cargo” deba tener, como sí hace para las prestaciones no contributivas.

114. Teniendo este incremento el mismo sentido y finalidad que las asignaciones por hijo a cargo no contributivas, cual es el de reconocer que la situación de necesidad es mayor en las unidades familiares cuando en éstas hay que subvenir las necesidades básicas de menores a cargo, no tendría ninguna lógica limitar el reconocimiento de este incremento a los desempleados que tengan hijos biológicos o en adopción¹⁴⁸. Es más, el subsidio por desempleo del nivel asistencial, que se reconoce por responsabilidades familiares en el art. 274.1 a) LGSS, amplía tal concepto a “*hijos menores de 26 años o mayores*

¹⁴⁶ “Incumbe al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta sección”.

¹⁴⁷ “La cuantía máxima de la prestación por desempleo será del 175 por 100 del indicador público de rentas de efectos múltiples, salvo cuando el trabajador tenga uno o más hijos a su cargo, en cuyo caso la cuantía será, respectivamente, de 200 por 100 o del 225 por 100 de dicho indicador. La cuantía mínima de la prestación por desempleo será del 107 por 100 o del 80 por 100 del indicador público en rentas de efectos múltiples, según que el trabajador tenga o no, respectivamente, hijos a su cargo”.

¹⁴⁸ Sobre la necesaria equiparación. J. MOLINS GARCÍA-ATANCE, “La kafala y las prestaciones de Seguridad Social”, ob.cit. E. BLÁZQUEZ AGUDO. *Protección por desempleo. Los distintos niveles complementarios y sucesivos*, Jurúa, 2016, p. 67, también alude a la extensión del concepto de hijo a cargo a hijos acogidos o tutelados, a estos efectos. Sin embargo, no está clara esta cuestión en la doctrina judicial, pues el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 13 de enero de 1998, rec.4386/1997, aboga por una interpretación restrictiva del concepto y excluye a los nietos respecto de los cuales se tiene la guarda y custodia.

*incapacitados, o menores acogidos*¹⁴⁹. En relación a este nivel, por lo tanto, no caben dudas respecto a la incidencia de la Kafala en sentido positivo.

115. En referencia a la prestación contributiva, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 20 de septiembre de 2016, resuelve acerca de la solicitud de reconocimiento de su incremento por parte de una desempleada que tenía a su cargo un menor sobre el que se había constituido una Kafala notarial. Curiosamente, en este caso el Tribunal no entra a valorar su incidencia en el incremento de la prestación, considerándose no competente para hacer un pronunciamiento general sobre el valor jurídico y los efectos civiles de la Kafala, que como hemos visto sí se ha venido haciendo respecto a otras muchas prestaciones. Esta es la caótica situación que genera el hecho de no contar la resolución de esta problemática con ninguna referencia normativa.

116. Aplicando los criterios anteriormente expuestos, en el supuesto planteado, dado que se trata de una Kafala notarial, debería denegarse el derecho al incremento de la prestación como así hizo el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 3 de octubre de 2017. Si hubiese sido judicial, habría que otorgarle efectos jurídicos respecto de los hijos tutelados, unificando el criterio mantenido en relación a otras prestaciones.

V. A modo de conclusiones

117. En general, se puede apreciar un considerable déficit normativo en el establecimiento de reglas de coordinación entre las legislaciones sociales de los países islámicos con la española, siendo los más beneficiados Marruecos y Túnez y, en menor medida, Argelia. Ello perjudica a los sujetos que profesan la religión islámica y que prestan servicios en Estados musulmanes y en España. Como una solución parcial debería avanzarse en la negociación de un Convenio multilateral de Seguridad Social entre los países euromediterráneos y la Unión Europea.

118. El Convenio de Seguridad Social suscrito con Túnez debe tomarse como referencia para el planteamiento de una eventual y necesaria actualización del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social, en lo que a los trabajadores incluidos se refiere. Así, debe superarse la exclusión de su ámbito de aplicación de colectivos como los funcionarios públicos.

119. La aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (asunto *Gottardo*) conduce a que puedan quedar incluidos en el ámbito de aplicación de los Convenios con Túnez y Marruecos nacionales de otros Estados miembros.

120. Los Convenios de Seguridad Social suscritos con Marruecos y con Túnez deben actualizarse y mejorar su cobertura en cuanto al número de prestaciones coordinadas, evitando así el perjuicio que se causa a los trabajadores inmigrantes de tales países musulmanes. Así, quedan actualmente excluidas la protección por desempleo, cese de actividad, cuidado de menores con enfermedad grave y el nivel no contributivo. Además, sólo se menciona la protección por maternidad y no la actual prestación por nacimiento y cuidado del menor.

121. Debe solucionarse la situación actual de los trabajadores transfronterizos que cotizan sin poder exportar la prestación por desempleo, problema que afectará, en gran medida, a los nacionales marroquíes que trabajan en Ceuta y Melilla.

122. Los Acuerdos Euromediterráneos de asociación entre la Unión Europea y Marruecos, Túnez y Argelia, no han supuesto una considerable mejora en relación a los derechos sociales de los traba-

¹⁴⁹ Art. 275.3 LGSS. Expresamente incluye a los menores acogidos la STS, 5 de diciembre de 2008, rec. 2548/2006, incluso a los menores en situación de tutela judicial la STSJ Cataluña, 13 de mayo de 2015, rec. 1386/2015.

jadores migrantes, por su limitado alcance en materia de acción protectora y la ausencia del desarrollo de las modalidades de cooperación que en ellos mismos se prevé. El resto de los países islámicos, además, carece de Acuerdos negociados con la Unión Europea, con el consiguiente perjuicio para sus nacionales si emigran a prestar servicios al territorio español.

123. Sigue siendo necesario demandar que se regulen los efectos del matrimonio poligámico en las prestaciones sociales, pues el criterio mantenido por el Tribunal Supremo, aun estando configurado como válido para todo planteamiento, no se plasma en todas las resoluciones judiciales. Además, tal y como están indicando los Tribunales, el cambio de nacionalidad de los sujetos causantes o beneficiarios de la pensión de viudedad, posterior al fallecimiento del causante, no impide que dicha doctrina se pueda seguir aplicando.

124. El criterio de repartir la pensión de viudedad entre todas las posibles beneficiarias tiene como efecto el planteamiento de problemas jurídicos todavía pendientes de resolver, pues no se han suscitado ante los Tribunales. Así sucede, singularmente, con la posible concurrencia de dos pensiones íntegras de viudedad en un mismo beneficiario, situación admisible desde la óptica de la aplicación del principio de contributividad y de la inaplicabilidad al caso del principio de pensión única. Sin embargo, con ello se crea una situación privilegiada y no acorde al sustrato humanizador y protector que sostiene el criterio del Tribunal Supremo en relación al reparto de la pensión.

125. No debe intentarse buscar una total equiparación entre la Kafala y la adopción o el acogimiento a efectos de Seguridad Social, pues ninguna de estas instituciones resulta lo suficientemente versátil como para dar respuestas a sus diferentes conformaciones. Lo que debe hacerse es determinar si esta institución puede dar lugar a una situación de necesidad equiparable a las protegidas por nuestro Sistema, sin crear diferencias de trato injustificadas respecto a otras situaciones no protegidas. Es más, el hecho de que no pueda ser directamente asimilable a la adopción no debe impedir que se le puedan reconocer efectos jurídicos que permitan facilitar la integración del menor en la vida familiar.

126. La Kafala notarial no debe producir efectos en el reconocimiento de prestaciones sociales, habida cuenta de la ausencia de medios de control sobre la función de los tutores del menor.

127. Debe precisarse, a nivel normativo, el efecto que la Kafala judicial va a producir en el reconocimiento de prestaciones sociales, pues no puede mantenerse la actual situación de inseguridad jurídica que provoca el dispar criterio de los Tribunales. Así como la poligamia tiene efectos reconocidos en un convenio bilateral, los de esta institución deben delimitarse en una norma internacional o, a falta de ella, en nuestro derecho interno.

128. En relación a los admitidos efectos de la Kafala para el reconocimiento de pensiones de orfandad, a nuestro juicio no cabe afirmar que el art. 224 LGSS se pueda interpretar de manera que incluya la protección de menores no ligados por vínculos de filiación respecto del causante, ni que existan argumentos jurídicos suficientes como para dar mayor protección social a los menores en situación de Kafala respecto de los que están en situación de acogimiento legal.

129. En relación a las prestaciones por nacimiento y cuidado del menor, compartimos el criterio de los Tribunales en cuanto a su reconocimiento a los kafils cuando se ha constituido una Kafala judicial, por cuanto estas prestaciones sí integran la protección de las situaciones de acogimiento y dada la similar situación de necesidad que se produce respecto a ella. Tal criterio entendemos debe extenderse a todos subsidios que se reconozcan para proteger esta situación.

130. En relación a las prestaciones no contributivas, consideramos que, si la Kafala es judicial, debe seguirse el mismo criterio aplicado a las prestaciones por nacimiento y cuidado del menor, admitiéndose el reconocimiento a los kafils. E igualmente en el caso de las solicitudes de incremento de la prestación contributiva por desempleo, por tener hijo a cargo.

Delimitación de la residencia habitual como principal criterio de competencia en el derecho europeo de familia y normas de aplicación en defecto de Estado miembro competente ante la reciente doctrina del TJUE. Desde un posible foro de la nacionalidad del demandado encubierto a supuestos claudicantes

Delimitation of habitual residence as the main attributive criteria of jurisdiction in European family law and applicable rules in the absence of a competent member state in accordance with the recent doctrine of the CJEU. From a possible undercover forum on the nationality of the defendant to faltering cases

CLARA ISABEL CORDERO ÁLVAREZ

*Profesora contratada Doctor en Derecho internacional privado
Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (UCM)*

ORCID ID: 0000-0001-8755-4820

Recibido: 11.11.2022 / Aceptado: 21.12.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2023.7540>

Resumen: El Tribunal de Justicia ha dictado recientemente una resolución con significativas consecuencias prácticas en el ámbito del Derecho europeo de familia, si bien las valoraciones sobre ésta son muy distintas en función de las cuestiones resueltas por el sentido del fallo. Son dos grandes cuestiones, vinculadas ambas al sector de la competencia judicial internacional, las que pueden extraerse de la sentencia de 1 de agosto de 2022 (C-501/20, *MPA vs. LCDNMT*), ambas merecedoras de un análisis en profundidad por diferentes razones. Por un lado, el Tribunal precisa los elementos pertinentes para determinar la residencia habitual de las partes en materia de divorcio (crisis matrimonial), responsabilidad parental y obligaciones de alimentos, como criterio fundamental de competencia en virtud de los Reglamentos Bruselas II y Bruselas III, completando la doctrina ya vigente y adaptándola al litigio principal. Habida cuenta que ninguno de estos instrumentos europeos recoge definición alguna al respecto, esta aportación resulta determinante para localizar la autoridades competentes en un caso como el de referencia, en el que concurre la condición de agentes de la UE de los cónyuges y se plantea la eventual inmunidad diplomática y su incidencia en esta cuestión. Por otro lado, se especifica las condiciones en las que un tribunal de un Estado miembro de la UE, ante el que se haya presentado la demanda, puede establecer su competencia para pronunciarse en materia de divorcio, responsabilidad parental y obligación de alimentos cuando, en principio, no resulte competente ningún Estado miembro, cuando los implicados ostenten la nacionalidad de distintos Estados miembros pero tengan residencia fuera de la Unión, en función de las reglas de competencia residual o *forum necessitatis* previstas en el instrumento europeo aplicable. La interpretación -restringida- que en particular se realiza de la regla de competencia residual

en materia matrimonial en el ámbito del Reglamento Bruselas II, resulta especialmente controvertida, en la medida que abre la puerta a un potencial foro de la nacionalidad del demandado así como a posibles supuestos claudicantes, por denegación de justicia, cuando del Derecho nacional de competencia no prevea este tipo de criterios de conexión.

Palabras clave: Materia matrimonial, responsabilidad parental, obligaciones de alimentos, Reglamento Bruselas II bis/ter, Reglamento n° 4/2009, residencia habitual, nacionalidad, Unión Europea, competencia residual, *forum necessitatis*.

Abstract: The Court of Justice has recently issued a resolution with significant practical consequences in the field of European Family Law, although the assessments on it are very different depending on the issues resolved by the meaning of the ruling. The ruling of August 1, 2022 (C-501/20, MPA vs. LCDNMT), addresses two major issues, both linked to the sector of international judicial competition, which deserve an in-depth analysis for different reasons. On the one hand, the Court specifies the relevant elements to determine the habitual residence of the parties in matters of Divorce (marital crisis), parental responsibility and maintenance obligations, as a fundamental criterion of jurisdiction under the Brussels II and Brussels III Regulations, completing the doctrine already in force and adapting it to the referenced case. Starting from the premise that none of these European instruments contains any definition in this regard, this judgment is decisive in locating the competent national jurisdiction in a case such as the one at hand, in which the spouses are EU agents, so the diplomatic immunity is raised, and consequently its potential incidence in this issue. On the other hand, this ruling specifies the conditions under which a court of a Member State of the EU, before which the claim has been filed, can establish its jurisdiction to rule on matters of divorce, parental responsibility and maintenance obligation when, in principle, no Member State is competent, when those involved hold the nationality of different Member States but have residence outside the Union, based on the rules of residual jurisdiction or *forum necessitatis* provided for in the applicable European instrument. The -restricted- interpretation that is made of the rule of residual jurisdiction in matrimonial matters in the Brussels II Regulation, is especially controversial, to the extent that it opens the door to a potential forum of the defendant's nationality as well as to possible faltering cases, due to a denial of justice, when the internal jurisdiction law does not provide for this type of connection criteria.

Keywords: Matrimonial matters, parental responsibility, maintenance obligations, Brussels II bis/ter Regulation; Regulation (EC) No 4/2009, habitual residence; nationality, European Union, residual jurisdiction, *forum necessitatis*.

Sumario: I. Planteamiento. II. Cuestiones esenciales de Derecho internacional privado europeo: 1. La concreción de la residencia habitual como criterio de atribución de la competencia en función de la *causa petendi*. 2. Condiciones de aplicabilidad de las normas de competencia en defecto de tribunal de Estado miembro competente: A) Distinto alcance de la competencia residual según la materia en el Reglamento Bruselas II. B) La nacionalidad del demandante como foro encubierto en materia matrimonial como solución y supuestos claudicantes. C) El *forum necessitatis* para obligaciones de alimentos ante supuestos de denegación de justicia. III. Conclusiones.

I. Planteamiento

1. El presente estudio tiene como punto de partida la reciente sentencia del TJUE, de fecha 1 de agosto de 2022¹, sobre la interpretación y alcance de ciertas normas de competencia de dos instrumentos fundamentales europeos de Derecho de familia, a saber, los artículos 3, 6 a 8 y 14 del Reglamento (CE) n° 2201/2003 (Reglamento Bruselas II *bis*)² y los artículos 3 y 7 del Reglamento (CE) n° 4/2009 (Reglamento Bruselas III)³, en un caso sobre divorcio, responsabilidad parental y obligaciones alimen-

¹ STJUE 1 agosto 2022, C-501/20, MPA vs. LCDNMT [ECLI:EU:C:2022:619].

² Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. DOUE-L-2003-82188

³ Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. DOUE-L-2009-80018.

ticias, entre dos nacionales de dos Estados miembros distintos que residen en un tercer Estado como agentes contractuales destinados en la delegación de la Unión Europea ante dicho tercer Estado. Los hechos concretos del caso que fundamentan la referida sentencia son esenciales para tratar de entender el contenido de la decisión, por cuanto se refiere tanto a su cuestionable *obiter dicta* (particularmente en lo que respecta a la segunda de las cuestiones abordadas, relativa a las condiciones de aplicabilidad de las normas de competencia en defecto de tribunal de Estado miembro competente, en especial sobre el alcance de las competencias residuales), como a su *ratio decidendi* y las consecuencias a las que puede conducir para la resolución de posteriores asuntos por los tribunales de los Estados miembros.

2. Los antecedentes de hecho en el asunto de referencia se concretan en los siguientes. Pareja de nacional portugués y nacional española que ostentan la condición de agentes contractuales de la Comisión Europea en Guinea-Bisáu, allí contraen matrimonio en la Embajada de España el 25 de agosto de 2010. Fruto de esa unión nacen dos hijos, ambos nacidos en España el 10 de octubre de 2007 y el 30 de julio de 2012, siendo que los dos menores ostentan la doble nacionalidad española y portuguesa de sus progenitores. En 2015, la pareja que hasta entonces era residente de Guinea-Bisáu, se traslada a Togo con sus hijos menores, al ser destinados a la Delegación de la Unión Europea en ese tercer Estado. Desde la separación de hecho de la pareja en 2018, la madre y los menores continuaron residiendo en el domicilio conyugal en Togo y el padre se trasladó a un hotel en ese mismo país donde estableció su residencia. La madre presentó en 2019 una demanda de disolución matrimonial ante la jurisdicción española, solicitando además, entre otras cuestiones, pretensiones relativas a la forma de ejercicio de la custodia sobre los hijos en común y a las responsabilidades parentales, así como a la pensión de alimentos para estos.

En primera instancia, el tribunal español declaró que carecía de competencia internacional sobre la base de que las partes litigantes no tenían su residencia habitual en España. La madre recurre en apelación la resolución de instancia de la declinatoria internacional ante la Audiencia Provincial de Barcelona. La recurrente fundamenta su recurso en el hecho de que su cónyuge y ella gozan de estatus diplomático como agentes de la Unión acreditados en el Estado de destino y dicho estatus es concedido por el Estado de acogida (Togo) y esto se hace extensivo a los hijos menores. Consecuentemente, alega la protección por inmunidad establecida en el artículo 31 del Convenio de Viena de 1961⁴ y que sus pretensiones no están comprendidas en las excepciones contempladas en dicho artículo. Invoca los Reglamentos n.º 2201/2003 y n.º 4/2009, según los cuales la competencia para conocer de las distintas pretensiones solicitadas: divorcio, la responsabilidad parental y la pensión de alimentos, se determina por la residencia habitual de las partes implicadas (incluidos los menores respecto de las peticiones a ellos vinculados). En este sentido, considera la recurrente que con arreglo al artículo 40 del Código Civil español, su residencia habitual no es el lugar donde trabaja en calidad de agente contractual de la Unión, sino el que era lugar de residencia antes de adquirir dicho estatus, esto es, España. Asimismo, por lo que respecta en particular a las obligaciones de alimentos, la madre recurrente invoca el *forum necessitatis* reconocido por el Reglamento n.º 4/2009 alegando la situación en la que se encuentran los órganos jurisdiccionales togoleses -reconociendo en este sentido, tácitamente, que la residencia de las partes no se encuentra dentro de un Estado miembro, como se verá más adelante-. A tales efectos, se aportan informes elaborados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de los que se constata, en primer lugar, la falta de capacitación adecuada y continua de los jueces de aquél país y la persistencia de un clima de impunidad en lo que respecta a las violaciones de los derechos humanos y, por otro, la preocupación de las Naciones Unidas acerca de la independencia del poder judicial, el acceso a la justicia y la impunidad por las violaciones de los derechos humanos.

Por el contrario, la otra parte litigante, el padre, alega que ninguno de los cónyuges ejerce funciones diplomáticas para su respectivo Estado miembro (España y Portugal), sino que son trabajadores de la Delegación de la Unión en Togo como agentes contractuales, por lo que no tienen pasaporte diplomático sino un mero salvoconducto o documento viaje documento válido únicamente en territorio de terceros Estados (*laissez-passer*). Consecuentemente, desde esta perspectiva no es aplicable el Convenio de Viena de

⁴ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961. BOE-A-1968-108

1961, sino el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea y éste solo respecto de los actos realizados por los funcionarios y agentes de las instituciones de la Unión con carácter oficial. Por todo ello, en el caso de referencia en el que las pretensiones son de ámbito puramente personal no resulta de aplicación este instrumento, por lo que no se impide la competencia de los órganos jurisdiccionales togolese como Estado de residencia habitual de las partes, ni hace necesaria la aplicación del *forum necessitatis* para habilitar a la jurisdicción española en el conocimiento de las acciones.

3. En un supuesto como el analizado, en que se constata la inexistencia de jurisprudencia del TJUE aplicable sobre la delimitación del criterio residencia habitual en materia de divorcio, responsabilidad parental y obligaciones de alimentos, en las concretas circunstancias del litigio principal: en particular, la incidencia del estatus diplomático u otro análogo, como el de quien ejerce funciones como agente o funcionario para la Unión y está destinado en terceros Estados para el ejercicio de esas funciones, y ante la necesidad de determinar la temporalidad, habitualidad y estabilidad de la permanencia de los cónyuges en Togo para dicha delimitación, sin poder obviar para ello que su presencia física en ese tercer Estado tiene como causa y origen el ejercicio de funciones por cuenta de la Unión, resulta justificado el recurso a la cuestión prejudicial por el foro para poder resolver. De igual forma, el hecho de que se trate de nacionales de distintos Estados miembros respecto de los que pueda concluirse que su residencia habitual (incluyendo los menores) está localizada en tercer Estado, ante una posible falta de competencia de cualquier Estado miembro para conocer de las pretensiones, se plantea cuáles son las condiciones de aplicabilidad de las normas de competencia previstas en los instrumentos y la incidencia en este sentido de la nacionalidad del demandado.

4. Ante las circunstancias particulares del caso expuestas, por la Audiencia Provincial de Barcelona se decide plantear varias cuestiones prejudiciales (seis en total, aunque solo proceden y se resuelven cuatro) para poder pronunciarse sobre la competencia de los tribunales españoles, en virtud de los Reglamentos Bruselas II *bis* y Bruselas III, para conocer de las pretensiones formuladas por la demandante (la madre). Las cuestiones prejudiciales formuladas al Tribunal de Justicia pueden sintetizarse en tres grandes cuestiones fundamentales.

En primer lugar, si influye y de qué manera, la condición de agentes contractuales de la UE de los sujetos de referencia (incluyendo los hijos menores en común), que son nacionales de Estados miembros pero ubicados físicamente en tercer Estado para el ejercicio de esas funciones para la Unión (y considerados en dicho país como agentes diplomáticos), en la concreción del criterio de competencia “residencia habitual” de los dos instrumentos europeos aplicables, esto es, el Reglamento Bruselas II *bis* y el Reglamento Bruselas III.

En segundo lugar, cuáles son los elementos o factores de conexión con la UE relevantes (nacionalidad, residencia anterior...) para determinar la residencia habitual de los menores en un Estado miembro si se considera que estos no tienen residencia en el tercer Estado de ubicación física, para la aplicación del art. 8 del Reglamento Bruselas II *bis*.

La última gran cuestión se refiere a cuáles son las condiciones en las que un tribunal de Estado miembro, ante el que se haya presentado la demanda, puede establecer su competencia para pronunciarse en materia de divorcio, responsabilidad parental y obligación de alimentos cuando, en principio, no resulte competente ningún tribunal de un Estado miembro, en ampliación de las competencias residuales de los arts. 7 y 14 del Reglamento Bruselas II *bis* o del *forum necessitatis* del art. 7 del Reglamento Bruselas III, y cómo incide en la interpretación y alcance de estas reglas excepcionales el hecho de que el demandado tenga nacionalidad de un Estado miembro.

II. Cuestiones esenciales de Derecho internacional privado europeo

5. Las dos grandes cuestiones que se extraen de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de agosto de 2022, en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas, están vinculadas ambas al sector de la competencia judicial internacional, ya que se refieren al alcance y aplicación por los Estados miem-

bro vinculado de los principales instrumentos europeos de Derecho internacional privado de familia, y su consecuente relación con su respectivo sistema de competencia de fuente autónoma o interna.

Por un lado, lo que se requiere al Tribunal de Justicia es la precisión de los elementos necesarios para concretar la residencia habitual de las partes en materia de divorcio (crisis matrimonial), responsabilidad parental y obligaciones de alimentos, como criterio fundamental de competencia en el Reglamento Bruselas II *bis* (y en su sucesor, el ya vigente Reglamento nº 2019/1111 o Bruselas II *ter*⁵) y en el Reglamento Bruselas III, en un supuesto tan particular como el que se refiere en el litigio principal. A este respecto, esta sentencia viene a completar la doctrina ya existente sobre el sentido e integración del criterio “residencia habitual” en el contexto y objetivos de cada uno de los instrumentos analizados, resultando sus conclusiones extensibles al nuevo Reglamento Bruselas II *ter*.

Por otro lado, para el caso de que la residencia de las partes (incluyendo los menores) se encuentre ubicada en un tercer Estado en función de esos elementos indicados, se pide que se especifique las condiciones en las que un tribunal de un Estado miembro de la UE, ante el que se haya presentado la demanda, puede alegar su competencia para pronunciarse en estas materias cuando, en principio, no resulte competente ningún otro Estado miembro según el Reglamento aplicable, teniendo en cuenta el alcance las reglas de competencia residual previstas en el Reglamento Bruselas II *bis/ter* (arts. 7 y 14), o en aplicación del *forum necessitatis* del art. 7 del Reglamento Bruselas III. Es precisamente en esta segunda cuestión, donde la argumentación del tribunal (*obiter dicta*) para fundamentar su fallo puede plantear mayores cuestiones, en cuanto a la articulación de la regla general y excepciones de las competencias residuales sobre el alcance personal del instrumento según las pretensiones ante las que nos encontremos, habida cuenta de las significativas consecuencias prácticas de la solución a la que llega el Tribunal en materia matrimonial.

1. La concreción de la residencia habitual como criterio de competencia en función de la causa de pedir

6. La residencia habitual se configura como un criterio de competencia esencial en todos los instrumentos de Derecho internacional privado europeos en materia de familia y, por consiguiente, en los implicados en el asunto de referencia, a saber, Reglamento Bruselas II *bis* (y su sucesor)⁶ y el Reglamento Bruselas III. Se trata del criterio general de partida para la atribución de competencia a los Estados miembros en todos estos instrumentos, habida cuenta de su conveniencia a la luz de los principios de proximidad y previsibilidad para las partes en litigio⁷. De esta suerte, la delimitación de este concepto resulta básico para concretar no solo las autoridades competentes dentro de la Unión para conocer de las pretensiones vinculadas a las materias cubiertas, sino que también es un factor determinante para la delimitar el alcance personal de aplicación de dichos instrumentos (conjuntamente a la nacionalidad de las partes, de conformidad con el fallo de la sentencia objeto de análisis en relación con la competencia residual en materia matrimonial).

Este concepto debe interpretarse de manera autónoma y uniforme, sin que pueda integrarse de acuerdo con el ordenamiento nacional de ningún Estado miembro, al no preverse en ninguno de los Reglamentos de referencia remisión expresa al ordenamiento de los Estados miembros para determinar

⁵ Reglamento (UE) nº 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), en aplicación desde el pasado 1 de agosto de 2022. DOUE-L-2019-81122.

⁶ Sobre la interpretación de este concepto en el ámbito del Reglamento Bruselas II *bis*, véase, 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*, nº21, diciembre 2014; C. CARRILLO LERMA, “Interpretación del concepto “residencia habitual” en el contexto del Reglamento Bruselas II *bis* y fijación del lugar de residencia del menor”, en J. R. Robles Reyes (coord.), *Aportaciones de juristas noveles a la ciencia jurídica*, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, pp. 27-26.

⁷ Principios en los que se fundamentan la generalidad de normas institucionales tanto en el sector de competencia judicial internacional como de Ley aplicable.

su sentido y alcance⁸. En ninguno de los instrumentos operados se contiene una definición propia del término “residencia habitual”, por lo que la doctrina del Tribunal de Justicia en su respectiva interpretación resulta esencial, y ello en función del contexto de la disposición en el que se contiene dicho criterio y los objetivos del instrumento (como expresamente se refiere en el apdo. 43 de la Sentencia)⁹. Consecuentemente, esta determinación jurisprudencial varía según estemos en materia matrimonial (a los efectos del art. 3 apartado 1, letra a) del Reglamento Bruselas II *bis*), en responsabilidad parental (respecto del art. 8 del Reglamento Bruselas II *bis*) u en obligaciones de alimentos (en relación con el art. 3, letras a) y b) del Reglamento Bruselas III). Toda la doctrina ya existente, en principio, resulta extrapolable al asunto objeto de estudio resuelto por la sentencia analizada, según las pretensiones planteadas. No obstante, en lo que respecta a las circunstancias concretas del asunto remitido, se constata que hasta el momento no existía doctrina jurisprudencial aplicable sobre la eventual incidencia de la condición de agentes contractuales de la Unión de los cónyuges destinados a un tercer país para el desarrollo de las funciones encomendadas por la Unión, para la determinación de su residencia habitual, así como la de sus hijos menores. De esta suerte, la resolución del tribunal en este sentido resulta novedosa y significativa.

7. En materia de crisis matrimonial, en el contexto de las normas de competencia contenidas en art. 3 apartado 1, letra a) del Reglamento Bruselas II *bis*, el concepto de residencia habitual de los cónyuges ha sido interpretado e integrado manera autónoma y uniforme por el Tribunal de justicia en resoluciones anteriores que pueden traerse ahora a colación. La residencia habitual figura de una forma u otra en los seis criterios de competencia objetivos, alternativos y exclusivos previstos en ese apartado 1 letra a) del art. 3¹⁰, que atribuyen de forma no jerarquizada la competencia para conocer de la materia matrimonial a los tribunales del Estado miembro de la actual o anterior residencia habitual de los cónyuges o de alguno de ellos. Son dos los elementos o criterios fundamentales para integrar o delimitar el concepto del residencia habitual a estos efectos, según el Tribunal¹¹. Por un lado, no solamente se caracteriza por la voluntad de la persona de que se trate de fijar el centro habitual de su vida en un lugar determinado (intencionalidad de permanencia o *animus manendi*), sino que también se exige una presencia que revista un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro en cuestión (duración y regularidad de la residencia)¹². Igualmente se ha aclarado por el Tribunal que ningún cónyuge puede ostentar más de una residencia habitual al tiempo en el sentido de esta disposición¹³. Todas estas consideraciones, establecidas por la jurisprudencia ya asentada, resultan de aplicación para resolver las cuestiones prejudiciales planteadas en el asunto de referencia, como así resulta del contenido de la resolución con su referencia expresa en su *obiter dicta*.

⁸ Sin perjuicio de que existan propuesta doctrinales para integrar de manera más segura este concepto en el ámbito de la UE en materia de familia y persona. Entre otros, *vid.*, L. A. PÉREZ MARTÍN, “Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de derecho de familia y sucesiones”, *AEDIPr*, Nº. 18, 2018, pp. 469-494. En particular, en el concreto ámbito de la sustracción internacional sobre la delimitación del concepto residencia habitual del menor en los instrumentos internacionales, europeos y convencionales, véase, I. REIG FABADO, “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 877-888; L. A. PÉREZ MARTÍN, “Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18 PPU”, *La Ley Unión Europea*, nº 66, 31 de enero de 2019.

⁹ En este sentido, por todos, STJUE de 25 de noviembre de 2021, *IB*, as. C-289/20 (ECLI:EU:C:2021:955), apartados 38 y 39, donde se planteaba la determinación de la residencia habitual de uno de los cónyuges en materia de divorcio a los efectos de esta disposición.

¹⁰ Criterios de competencia diseñados para dar respuesta a una necesidad de una normativa adaptada a las necesidades específicas de los conflictos en materia de crisis matrimonial. *Vid.* as. C-289/20, *loc. cit.*, apartado 32 y jurisprudencia anterior ahí referida.

¹¹ La aplicación de estos criterios por los tribunales españoles puede verse en M. CASADO ABAQUERO, “Criterios delimitadores del concepto de residencia habitual en las crisis matrimoniales intracomunitarias: A propósito del auto de 12 de noviembre de 2020 de la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia”; *CDT*, (Octubre 2021), Vol. 13, Nº 2, pp. 704-713

¹² *Vid.* as. C-289/20, *loc. cit.*, apartado 57.

¹³ Como expresamente ha establecido en Tribunal de Justicia en el asunto C-289/20 (*loc. cit.* apartado 51). Un análisis de esta resolución en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Concreción de la residencia habitual de los cónyuges en las crisis matrimoniales europeas, episodio 1: aún con vida entre varios Estados, solo hay una residencia habitual”, *CDT*, Vol. 14, Nº. 1, 2022, pp. 422-443

8. Los mismos principios indicados han de aplicarse para delimitar de forma autónoma y uniforme el concepto de “residencia habitual” en materia de obligaciones de alimentos¹⁴, en el sentido de los criterios de competencia alternativos¹⁵ contenidos en el art. 3, letras a) y b) del Reglamento Bruselas III. Según estas normas de competencia, el demandante tiene la posibilidad de presentar una demanda sobre obligación de alimentos o bien ante el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual (conforme a la letra a) de dicho artículo 3), o bien ante el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su propia residencia habitual (de conformidad con la letra b) de dicho artículo)¹⁶.

Entre los objetivos del instrumento se encuentra la salvaguarda de la proximidad entre el acreedor de alimentos -típicamente la parte más débil-, y el órgano jurisdiccional competente, así como garantizar una buena administración de justicia, tanto desde el punto de vista de la optimización de la organización judicial como desde la perspectiva del interés de las partes (demandante o del demandado), concretado en el acceso simplificado a la justicia y en la previsibilidad de las reglas de competencia. La labor hermenéutica de esta norma exige la atribución de un significado autónomo e inequívoco de los términos que aparecen en ella -lo que incluye el de residencia habitual-, entre otras razones para garantizar la no discriminación entre situaciones similares, así como el respeto de los mismos derechos y obligaciones para las partes con independencia del foro, facilitando de esta manera por tanto el cobro de los alimentos, que es uno de los objetivos de este instrumento¹⁷, junto con la buena administración de justicia (considerando 15). En lo que respecta al contexto, este conlleva la necesidad de tomar en consideración el interés superior del menor en la interpretación del art. 3, lo que se deduce del propio instrumento. En el ámbito de las reglas de competencia objeto de análisis (letras a y b del art.3), y en general para todo el Reglamento¹⁸, este interés superior del menor viene determinado por la referencia expresa al Convenio de La Haya de 2007 (considerando 8) en el que este criterio tiene consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños¹⁹. Consecuentemente, el concepto de residencia habitual de los criterios de competencia del art. 3 del Reglamento, deben guiarse por los mismos principios y caracterizado por los mismos elementos que en el Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias²⁰. En virtud del artículo 3 de dicho Protocolo es en principio la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos la que rige las obligaciones de alimentos, siendo que la residencia supone un grado suficiente de estabilidad, lo que excluye una presencia temporal u ocasional²¹. En consecuencia, de todo ello parece que se deduce que el tribunal mejor posicionado para conocer en estos casos sería el de residencia habitual de los menores (acreedores de alimentos), siendo éste el lugar

¹⁴ Se exige una interpretación autónoma y uniforme que debe realizarse en función del contexto y el objetivo perseguido por el instrumento en cuestión, en aras de garantizar una aplicación uniforme del Derecho de la Unión. Véase entre otras, STJUE de 30 abril de 2014, C-26/13, *Kásler y Káslerné Rábai*, § 37 (ECLI:EU:C:2014:282).

¹⁵ Vid. STJUE de 5 de septiembre de 2019, C-468/18, R (Competencia responsabilidad parental y obligación de alimentos) (ECLI:EU:C:2019:666), apartado 29 y jurisprudencia ahí referida. Cuestión distinta es cómo funcionan los criterios de competencia contenidos en las letras c) y d) del art. 3, supuestos en los que las demandas de alimentos se presentan como accesorias a otro tipo de acciones generalmente vinculadas, como son aquellas sobre el estado de las personas o de responsabilidad parental, extendiendo la competencia por esa conexidad de esas jurisdicciones competentes para esas otras tipo de acciones conectadas. En este sentido resulta esencial la STJUE de 16 de julio de 2015, as. C-184/14, *A y B* (ECLI:EU:C:2015:479). Un análisis de esta sentencia puede verse en C. I CORDERO ÁLVAREZ, C.I. “Cuestiones de competencia judicial internacional en el Reglamento 4/2009: Accesoriedad de la demanda de alimentos a la acción de responsabilidad parental”, *REDI*, vol. 68 (2016), pp. 178-181.

¹⁶ Véase, en ese sentido, la sentencia de 17 de septiembre de 2020, *Landkreis Harburg* (Subrogación de un organismo público en la posición del acreedor de alimentos), as. C 540/19 (EU:C:2020:732), apartado 30 y jurisprudencia ahí citada.

¹⁷ Vid. R. ESPINOSA CALABUIG, “Las obligaciones alimenticias hacia el menor y su relación con la responsabilidad parental: los Reglamentos 4/2009 y 2201/2003”, en BARUFFI, C. Y CAFARI PANICO, R., *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, Cedam, 2009, p. 71.

¹⁸ Vid. M. A. RODRIGUEZ VÁZQUEZ, “La regulación del reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias”, *REEI*, nº 19, 2010, pp. 1-30.

¹⁹ Vid. W. DUNCAN, “The New Hague Convention of 23 November 2007 in the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance”, *Yearbook of Private International Law*, vol. X, 2008, pp. 313-332.

²⁰ Vid. STJUE de 5 de septiembre de 2019, R (Competencia responsabilidad parental y obligación de alimentos), as. C468/18 (EU:C:2019:666), apartado 46 y jurisprudencia ahí citada.

²¹ Vid., en este sentido, STJUE de 12 de mayo de 2022, W. J. (Cambio de residencia habitual del acreedor de alimentos), as. C644/20 (EU:C:2022:371), apartado 63.

donde tiene el centro habitual de su vida, su entorno social y familiar²². La principal ventaja que esa conexión presenta es la de determinar la existencia y el importe de la obligación alimenticia teniendo en cuenta las condiciones jurídicas y fácticas del ámbito social del Estado donde el acreedor vive y ejerce esencialmente sus actividades²³. Para la integración de este concepto en cada caso concreto operan los mismos factores que para la materia matrimonial, siendo necesaria la concurrencia tanto de la voluntad de la persona de fijar su centro habitual de vida en un determinado lugar (*animus manendi*) como su presencia con grado suficiente de estabilidad en ese territorio (apdos. 53 y 56 de la Sentencia).

9. De la aplicación de la doctrina anteriormente referida sobre la concreción del criterio residencia habitual en el ámbito de los dos Reglamentos al asunto que nos ocupa, resulta razonablemente previsible el fallo al que llega el tribunal. En el litigio principal, los cónyuges contrajeron matrimonio en la Embajada de España en Guinea-Bisáu residiendo en ese Estado desde agosto de 2010 hasta febrero de 2015, cuando se trasladaron a Togo, Estado en el que, a pesar de su separación de hecho desde julio de 2018, seguían residiendo, al igual que sus dos hijos, sin que de los datos obrantes pudiera deducirse la concurrencia de los dos factores determinantes en la concreción del concepto residencia habitual -intencionalidad y grado suficiente de estabilidad-, tanto respecto de la pretensión en materia matrimonial como la relativa a las obligaciones de alimentos respecto de los menores.

Para el Tribunal, estos factores no se ven alterados, ni plantea excepcionalidad -por no ser elemento determinante-, la condición de agentes contractuales de la Unión de los cónyuges, cuando aquellos están destinados en una delegación en un tercer Estado en cumplimiento de las funciones conferidas, aunque se alegue respecto de ellos -como en el caso de autos por la demandante-, que en dicho tercer Estado gozan de estatus diplomático. En consecuencia, y en aplicación de anterior doctrina más que asentada, se concluye por el Tribunal que este elemento no puede influir en la interpretación del concepto de “residencia habitual” en el sentido de las disposiciones de competencia analizadas: el art. 3 apartado 1 letra a) del Reglamento Bruselas II *bis* (conclusiones extensibles para la aplicación del correlativo en el vigente Reglamento Bruselas II *ter*) y el art. 3 letras a) y b) del Reglamento Bruselas III²⁴. Por extensión, aunque no se recoja expresamente en la sentencia -ya que no se solicita dentro de esta primera cuestión prejudicial por el tribunal remitente-, cabe deducir de forma lógica que tampoco este factor puede resultar determinante para concretar la residencia habitual de los menores en un Estado miembro para localizar las autoridades competentes para conocer de las pretensiones vinculadas a la responsabilidad parental con base en el art. 8 del Reglamento Bruselas II *bis* (art. 7 del vigente Reglamento Bruselas II *ter*), de conformidad con los elementos específicos establecidos por la doctrina del Tribunal de Justicia para la concreción autónoma de este criterio en este particular ámbito material a los que nos referiremos a continuación²⁵.

El presupuesto del que parte el Tribunal para sus conclusiones es que en el litigio principal ni los cónyuges ni sus hijos gozan de inmunidad diplomática según ningún Estado miembro (ni de conformidad con el Derecho internacional Público, esto es, según el Convenio de Viena de 1961, ni por la normativa europea aplicable en la materia: el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades²⁶), tanto por su condición de agentes contractuales como por el carácter privado²⁷ de las acciones judiciales ante

²² *Ibid.* apartado 64.

²³ *Ibid.* apartado 65.

²⁴ *Vid.* Apdo. 66 y nº 1 del Fallo de la Sentencia.

²⁵ En la doctrina ya consolidada y la aportada con esta nueva Sentencia a la luz del contenido de la segunda cuestión prejudicial planteada.

²⁶ El art. 11, letra a), del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades se desprende que los funcionarios y los otros agentes de la Unión solo gozarán de inmunidad de jurisdicción en el territorio de los Estados miembros respecto de los actos realizados «con carácter oficial», esto es, en el marco de la misión confiada a la Unión. *Vid.* STJUE de 30 de noviembre de 2021, LR *Çenerālprokuratūra*, as. C 3/20, (EU:C:2021:969), apartado 56 y jurisprudencia allí citada.

²⁷ La inmunidad de jurisdicción no comprende las acciones judiciales cuyo objeto se refiera a relaciones de carácter privado, como las demandas entre cónyuges en materia matrimonial, de responsabilidad parental o de obligaciones de alimentos respecto de sus hijos; acciones estas que, por su propia naturaleza, no se vinculan a la participación del beneficiario de la inmunidad en el ejercicio de las funciones de la institución de la Unión a la que pertenece (art. 23 del Estatuto de los Funcionarios de la Unión Europea). Véase, en este sentido, STJCE de 11 de julio de 1968, *Sayag y Zurich*, 5/68 (EU:C:1968:42), p. 585.

la que nos encontramos. De esta suerte, el considerando 14²⁸ del Reglamento Bruselas II *bis* (invocado por la parte demandante, la madre) no resulta de aplicación al caso, ya que este solo opera cuando Estado miembro de referencia es competente con base en el instrumento pero no puede ejercer dicha competencia precisamente por esa inmunidad diplomática. Consecuentemente, en el asunto principal, los tribunales españoles -aunque en nuestro país no gocen de inmunidad los cónyuges ni los menores-, no pueden fundamentar su competencia en sus normas de fuente interna (en nuestro caso, en la LOPJ), porque no son competentes para conocer de la pretensión sobre la disolución del matrimonio con base en el instrumento europeo por cuanto que los cónyuges y los menores no tienen residencia habitual en España (en los términos expuestos por la madre demandante) sino en un tercer Estado (Togo). La misma conclusión se extrae respecto de las otras dos pretensiones instadas ante la jurisdicción española: sobre responsabilidad parental y obligaciones de alimentos, en la medida que el criterio de atribución de competencia sea la residencia habitual de las partes -o alguna de ellas- y el considerando 14 no hace precisión alguna en cuanto a su alcance en función de la materia.

10. En cuanto a la residencia habitual de los menores, en el sentido del art. 8, apartado 1, del Reglamento Bruselas II *bis*, previsto como regla general para el conocimiento de las pretensiones en materia de responsabilidad parental, este criterio constituye asimismo un concepto autónomo e independiente que será determinado en cada caso en función de las circunstancias particulares, lo que puede no resultar sencillo²⁹ -con la consecuente incidencia negativa en la deseada seguridad jurídica para las partes en el momento de litigar-. La “residencia habitual” es un concepto jurídico indeterminado en los textos europeos³⁰, de manera buscada por el legislador, en la medida que este factor cumple con los criterios esenciales del interés superior del menor³¹ y el de proximidad que operan e inspiran todos los instrumentos sobre protección de menores³². En aplicación de su doctrina ya consolidada³³, el Tribunal exige para su concreción, al menos, la presencia física de los menores en un determinado Estado miembro que no tenga en absoluto carácter temporal u ocasional y que refleje cierta integración de dichos menores en un entorno social y familiar³⁴, lo que corresponde al lugar en que se encuentra, en la práctica, su centro de vida³⁵. Los elementos para tomar en consideración a los efectos de determinar que concurren las dos condiciones necesarias son de muy diversa índole, entre otros, la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia del menor en el territorio de un Estado miembro, incluso la nacionalidad del menor; siendo que necesariamente varían los factores determinantes en función de la edad del menor de que se trate³⁶. Son relevantes, asimismo, el lugar y las condiciones de escolarización del menor, y sus relaciones familiares y sociales en el Estado miembro de que se trate³⁷. Ha sido objeto de jurisprudencia también la intencionalidad de los padres como elemento a tomar en consideración para concretar el criterio de residencia habitual de los menores a estos efectos, reconociendo que puede te-

²⁸ Que textualmente indica: *Si el órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento no puede ejercer su competencia debido a la existencia de una inmunidad diplomática con arreglo al Derecho internacional, la competencia debe determinarse en el Estado miembro en el que la persona de que se trate no goce de inmunidad, con arreglo a la legislación de ese Estado.*

²⁹ Esta operación no resulta siempre tarea fácil para el operador jurídica nacional según las circunstancias particulares del caso en los supuestos transfronterizos. En este sentido, véase, N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “La difícil determinación de la residencia habitual del menor en los supuestos de responsabilidad parental”, *CDT*, Vol. 13, N.º. 2, 2021, pp. 819-828.

³⁰ *Vid.* S. GOYENCHE ECHEVERRÍA, “Residencia habitual del menor en un supuesto de responsabilidad parental: la compleja concreción de un concepto jurídico indeterminado”, *CDT*, Vol. 14, N.º. 2, 2022, pp. 1100-1107.

³¹ Opera, de hecho, como mecanismo de protección de los menores. En esta línea, véase, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores extranjeros en España. El criterio residencia habitual del menor”, en J. A. COBACHO GÓMEZ, F. LEGAZ CERVANTES (Dirs.), *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Aranzadi, 2018, pp. 469-492

³² En esta línea expresamente se manifiesta el Considerando 12 del Reglamento Bruselas II *bis*. Lo que se confirma en su texto consolidado tras la revisión operada por el Reglamento 2019/1111, según su considerando 20.

³³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un estado miembro: un estudio jurisprudencial”, en *Protección de menores y derecho internacional privado* / M. A. CEBRIÁN SALVAT, I. LORENTE MARTÍNEZ (Dirs.), Comares, 2019, pp. 307-323.

³⁴ *Vid.* STJUE de 28 de junio de 2018, *HR*, as. C512/17 (EU:C:2018:513), apartado 41 y jurisprudencia allí citada.

³⁵ *Ibid.* apdo. 42.

³⁶ *Vid.* STJUE de 8 de junio de 2017, *OL*, as. C111/17 PPU (EU:C:2017:436), apartado 44 y jurisprudencia allí citada.

³⁷ Véase, en este sentido, la STJUE, As. C512/17, *loc. cit.* en su apartado 43.

nerse en cuenta cuando esta intencionalidad se expresa a través de determinadas circunstancias externas, como la compra o el alquiler de una vivienda en el Estado miembro de que se trate³⁸. En este contexto -en contestación a la segunda cuestión prejudicial planteada-, el Tribunal de Justicia aclara que el vínculo constituido por la nacionalidad de la madre y por la residencia de esta, antes de su matrimonio, en el Estado miembro al que pertenezca el tribunal ante el que se haya presentado una demanda en materia de responsabilidad parental no es pertinente a efectos de establecer la competencia de dicho tribunal, y que es insuficiente la circunstancia de que los menores hayan nacido en ese Estado miembro y tengan su nacionalidad -ya que si bien pueden constituir factores pertinentes, no son determinantes a la hora de identificar su lugar de residencia habitual³⁹-.

11. En definitiva, el Tribunal de Justicia en este aspecto viene a consolidar la doctrina ya marcada en sus anteriores resoluciones, manteniendo la necesidad de un análisis de las circunstancias concretas en cada caso para delimitar el concepto autónomo e independiente de “residencia habitual” en función del contexto y objetivos del instrumento aplicable, estableciendo condiciones específicas y factores determinantes para su localización según el ámbito material en el que se encaja la pretensión que se demanda.

2. Condiciones de aplicabilidad de las normas de competencia en defecto de tribunal de Estado miembro competente

12. La interpretación del concepto de “residencia habitual” podría llevar a que, en la medida que se concluya que las partes tienen su residencia habitual en un tercer Estado -como en asunto de referencia a la vista de las circunstancias del litigio principal-, no fuera competente ningún tribunal de un Estado miembro, en virtud de las reglas de competencia generales y conexas del Reglamento Bruselas II⁴⁰, para pronunciarse sobre una demanda de disolución del matrimonio y en materia de responsabilidad parental, así como de las normas de competencia del Reglamento Bruselas III, para resolver sobre la pretensión sobre obligaciones de alimentos. Precisamente a estas circunstancias se refiere la segunda gran cuestión de Derecho internacional privado que se resuelve por el Tribunal en el ámbito de la competencia (cuarta y quinta cuestiones prejudiciales), esto es, a determinar las condiciones en las que un tribunal de un Estado miembro ante el que se haya presentado la demanda puede establecer su competencia para pronunciarse en materia de divorcio, responsabilidad parental y obligación de alimentos cuando, en principio, no resulte competente ningún tribunal de un Estado miembro.

13. Son dos las vías posibles que los correspondientes instrumentos prevén ante un supuesto de este tipo. El Reglamento Bruselas II *bis/ter* a este respecto ha optado por articular dos reglas de competencia residual para las dos materias cubiertas por el instrumento, eliminando cualquier solución vía foro de necesidad; a saber, las regla del art. 7 para materia matrimonial, y del art. 14 en materia de responsabilidad parental, aunque con distinto alcance y aplicabilidad -y consecuencias prácticas- de conformidad con la reciente doctrina que sirve de base al presente estudio. Por su parte, en el Reglamento Bruselas

³⁸ *Ibid.* apartado 46 y jurisprudencia allí citada.

³⁹ *Vid.* apartado 72 de la sentencia C-501/20 y jurisprudencia allí referida.

⁴⁰ La posible competencia por los Estados miembros de pretensiones en materia de responsabilidad parental cuando los menores no residen dentro de la UE, a la luz del Reglamento Bruselas II, no es un supuesto nuevo, sino que ya ha sido abordado por el Tribunal de Justicia, con referencia a la operatividad y alcance de los foros de conexión del art. 12 apartados 1 y 3 del Reglamento, con su correspondiente análisis por la doctrina *ius privatista*. En este sentido véase, “Competencia de un tribunal de un Estado miembro que no es el de la residencia habitual del menor en materia de responsabilidad parental”, *La Ley Unión Europea*, mes 21, 2014, pp. 75-76, y jurisprudencia allí referida. Desde la perspectiva de la jurisdicción española, una análisis específico de esta cuestión puede verse en, M. HERRANZ BALLESTEROS, “Competencia judicial internacional de las autoridades españolas sobre menores con residencia habitual en terceros Estados”, en *El derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente* / E. Pérez Vera, et al. (Eds.), 2020, Iprolex, pp. 401-410; I. LORENTE MARTÍNEZ, “Divorcio en España y menores con residencia habitual fuera de la Unión Europea”, en *Protección de menores y derecho internacional privado* / M. A. CEBRIÁN SALVAT, I. LORENTE MARTÍNEZ (Dirs.), Comares, 2019, pp. 103-115.

III, para el ámbito de las obligaciones de alimentos, opera el *forum necessitatis* del art. 7, en defecto de Estado miembro competente para conocer con base en los arts. 3 a 5, y ante la imposibilidad de aplicar la competencia subsidiaria del art. 6 (foro de la nacionalidad común de las partes).

Si bien en ambas soluciones -competencia residual en materia matrimonial y foro de necesidad en obligaciones de alimentos- el Tribunal de Justicia atribuye a la nacionalidad la condición de elemento o factor relevante para la concreción del tribunal de Estado miembro competente, su incidencia en una y otra aproximación no tiene ni mucho menos la misma relevancia ni consecuencias en la práctica transfronteriza, como se verá a continuación.

A) Alcance restringido de la competencia residual en función de la materia en el Reglamento Bruselas II

14. Es en ámbito de la argumentación esgrimida por el Tribunal de Justicia para contestar la cuarta de las cuestiones prejudiciales planteadas, relativa a las condiciones de aplicabilidad de las cláusulas de competencia residual contenidas en los arts. 7 y 14 del Reglamento Bruselas II *bis*, cuando el demandado en el litigio principal es nacional de un Estado miembro, la que puede manifestar mayores consideraciones, en especial respecto de las pretensiones en materia matrimonial.

Para el Tribunal de Justicia, en el caso de que ningún Estado miembro fuera competente para conocer de las pretensiones en materias cubiertas de conformidad con el Reglamento Bruselas II *bis/ter*, los arts. 7 y 14 de dicho instrumento, respectivamente, podrían autorizar a un tribunal miembro ante el que se haya presentado la demanda, a aplicar para ambas materias las reglas de competencia de Derecho interno, si bien con un alcance diferente en cada uno de los dos casos. En materia de responsabilidad parental, el hecho de que el demandado sea nacional de otro Estado miembro no constituye un obstáculo para que el tribunal del Estado miembro ante el que se haya presentado la demanda reconozca su competencia según su Ley nacional, lo que sí ocurre en materia matrimonial. De esta suerte, es más que posible la fragmentación de foros para el conocimiento de las distintas pretensiones: crisis matrimonial por un lado, y medidas sobre responsabilidad parental, por otro, en aquellos casos en los que haya de acudir a las normas de competencia residual respectivas por no encontrar ningún Estado miembro competente para conocer de la demanda. Ahora bien, el problema aquí no es el fraccionamiento de los foros cuando se trate de acciones accesorias o conectadas - ya que con ello necesariamente no se perjudica el interés superior del menor⁴¹, de obligado respeto de conformidad con los considerandos 12 y 33 del Reglamento-, sino de cómo se llega a concretar esa competencia residual por parte del tribunal en cada caso.

15. La interpretación y alcance de las reglas de competencia residual previstas en los arts. 7 y 14 del Reglamento Bruselas II *bis* (y en su sucesor, en los mismos preceptos) según el ámbito material en el que nos encontremos, se determina por el Tribunal de Justicia en función del carácter -exclusivo o no- de las normas de competencia contenidas y por su relación con las normas jurisdiccionales autónomas de los Estados miembros vinculados -en las materias cubiertas- respecto de los ciudadanos nacionales de la Unión pero residentes en terceros Estados. En definitiva, se delimita el alcance personal del instrumento de forma distinta según el ámbito material ante el que nos encontremos y, consecuentemente, la operatividad de las normas de competencia nacionales del Estado miembro del foro a través de la vía de la regla de la competencia residual.

16. Para las pretensiones cubiertas por la materia responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II, en el supuesto de que ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro resulte competente de acuerdo con los artículos 8 a 13, la aproximación el Tribunal resulta totalmente distinta respecto de la competencia residual del art. 14 en relación con el artículo 7. En caso de que no fuera posible considerar competente a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en virtud de las disposiciones sobre responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II *bis*, como en el asunto principal -ya que la presencia

⁴¹ *Vid.* apartados 94 y 95 de la Sentencia C-501/20.

física del menor en un Estado miembro es un requisito previo para demostrar su residencia habitual en él⁴²-, el Tribunal resuelve que cada Estado miembro seguiría teniendo la facultad, de conformidad con el artículo 14, de fundar la competencia de sus propios órganos jurisdiccionales basándose en normas de Derecho interno, apartándose así del criterio de la proximidad en el que se basan las disposiciones del Reglamento (apdo. 90)⁴³. Consecuentemente, el artículo 14 del Reglamento, tal y como es interpretado por el Tribunal, no obsta para que, a fin de determinar su propia competencia, el órgano jurisdiccional del Estado miembro que conoce del asunto aplique sus normas de Derecho interno, incluida, en su caso, la basada en la nacionalidad del menor, aun cuando el padre, el demandado, sea nacional de un Estado miembro distinto de aquel al que pertenece dicho órgano jurisdiccional.

La solución articulada para la competencia residual en materia de responsabilidad parental, que dista de la aproximación seguida en esta cuestión para la materia matrimonial, supone como ya se ha anticipado, el posible fraccionamiento de los foros en función de las pretensiones (materia matrimonial y responsabilidad parental), cuando la residencia habitual de las partes se ubique en terceros Estados y no resulte competente ningún Estado miembro con base en el Reglamento. Partiendo del hecho de que ese fraccionamiento puede producirse por la propia sistemática del Reglamento cuando se trate de medidas de responsabilidad parental vinculadas a un procedimiento en materia matrimonial (al articular distintas normas de competencia generales según materia, aunque pueda eliminarse por voluntad expresa de las partes cuando se traten de acciones accesorias⁴⁴, a tenor de art. 12 apartados 1 y 3), esta situación no tiene que resultar incompatible con el interés superior del menor⁴⁵. De hecho, en un supuesto como el de referencia, en el que el menor tiene residencia habitual en un tercer Estado que no es parte del Convenio de la Haya de 1996⁴⁶ (como es caso de Togo), operaría el apartado 4º del art. 12 del Reglamento Bruselas II *bis*, según el cual se presumirá que la competencia basada, en particular, en el apartado 3 -por la nacionalidad del menor de un Estado miembro- es en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate.

17. En lo que respecta a la materia matrimonial, el Tribunal de Justicia aproxima su fallo desde el ámbito de aplicación personal del instrumento en este sector material, con base en el carácter exclusivo de los foros de competencia objetivos previstos. En el Reglamento Bruselas II *bis*, el art. 6 determina, en parte -según se desprende de la Sentencia analizada-, el ámbito personal del instrumento en materia de crisis matrimonial mediante la calificación como exclusivas de las normas de competencia contenidas en los artículos 3 (competencia general), 4 (demanda reconvenzional) y 5 (conversión de la separación judicial en divorcio). El carácter expresamente exclusivo de las competencias establecidas en estos preceptos conduce a que el cónyuge demandado que o bien tenga residencia habitual en un Estado miembro o bien sea nacional de un Estado miembro (o tenga su *domicile* para el caso de Irlanda en dicho territorio) solo podrá ser demandado en los tribunales de los Estados miembros designados en estos preceptos (arts. 3, 4 y 5)⁴⁷; lo que conlleva el control de oficio de la competencia judicial por los tribunales si se verifica ese ámbito personal/espacial de aplicación de las reglas exclusivas. De esta forma, se protege jurisdiccionalmente a los cónyuges que cumplan estas condiciones personales, ya que solo se les puede demandar en los foros razonables recogidos en el Reglamento. Pero es posible que dándose alguno de los elementos personales indicados no resulte competente ningún tribunal de Estado miembro, al no darse los criterios de conexión o de atribución de competencia previstos en estos artículos. Es entonces cuando se alza el art. 7 del Reglamento Bruselas II *bis*, completando el “diseño” del ámbito de

⁴² De conformidad con los apartados 70 a 78 de la Sentencia analizada.

⁴³ Siguiendo la doctrina ya asentada en este sentido. *Vid.* la STJUE de 17 de octubre de 2018, *UD*, as. C393/18 PPU (EU:C:2018:835), apartado 57.

⁴⁴ *Vid.* R. CARO GÁNDARA, “La determinación de la residencia habitual del demandante y de los menores en litigios sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental accesorias”, en J. A. Robles Garzón (Coord.) *Reflexiones jurídicas sobre cuestiones actuales*, Aranzadi, 2017, pp. 161-174.

⁴⁵ *Vid.* apartados 92 a 95 de la Sentencia analizada, y jurisprudencia allí recibida.

⁴⁶ Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.

⁴⁷ Eliminando cualquier posibilidad de aplicar las normas nacionales de competencia. *Vid.* STJCE de 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López*, as. C 68/07 (EU:C:2007:740), apartado 22

aplicación personal del instrumento europeo en esta materia -siguiendo la aproximación del Tribunal de Justicia-, estableciendo 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 Estado⁴⁸.

Tomados por separado, este último precepto (art. 7) parece que permitiera recurrir a las normas de jurisdicción nacional del Estado miembro del foro simplemente verificando que no concurren ninguno de los criterios de conexión que se definen en los artículos 3, 4 y 5 en favor de otro Estado miembro, se den o no las condiciones personales descritas en el art. 6 (letras a y b) para asegurar la aplicación de estos artículos de carácter exclusivo. Ahora bien, precisamente la cuarta cuestión prejudicial planteada parece que hace referencia a esa conexión entre el artículo 6 (letra b) y el artículo 7, en el sentido de si el primero condiciona el alcance o funcionamiento del segundo, en la medida que se pregunta si la nacionalidad del demandado en el litigio principal condiciona la aplicación de las normas nacionales de jurisdicción del foro como regla de competencia residual.

Para el Tribunal de Justicia, en la medida que ambos preceptos delimitan por completo el ámbito personal del instrumento en materia matrimonial, parece que el legislador europeo buscaba una sistemática de arquitectura complementaria y dependiente de estos dos preceptos, lo que conduce a que realice una interpretación condicionada de la competencia residual del art. 7, en el siguiente sentido: si concurre alguna de las condiciones personales del demandado previstas en el art. 6 (en particular en su letra b)⁴⁹, y el tribunal del foro no tiene competencia sobre la base de los arts. 3, 4 o 5, y ningún otro Estado miembro, no podrá recurrir a sus normas de jurisdicción de fuente interna para fundamentar su competencia, como ocurre en el asunto principal al ser el cónyuge demandado nacional de otro Estado miembro (nacional portugués). En consecuencia, para el Tribunal, en materia matrimonial, esa competencia residual del tribunal del Estado miembro ante el que se haya presentado la demanda queda excluida cuando el demandado es nacional de otro Estado miembro, pero sin que ello obste a la competencia de los tribunales de la nacionalidad del Estado miembro del demandado en virtud de su Derecho interno (apdos. 87 y 96 y n.º 3 del fallo). Esto en la práctica supone limitar el recurso de la competencia residual en materia matrimonial, del art. 7 del Reglamento Bruselas II, única y exclusivamente a los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad del cónyuge demandado (cuando tengan nacionalidades distintas los cónyuges) y se tenga residencia fuera de la UE, con las consecuencias que ello pueda conllevar.

B) La nacionalidad del demandante como foro encubierto en materia matrimonial como solución y supuestos claudicantes

18. La solución por la que opta el tribunal de Justicia con la interpretación restrictiva del recurso la competencia residual en materia matrimonial del art. 7, que limita su utilización únicamente para los tribunales del Estado miembro de nacionalidad del demandado, cuando no resulte ningún Estado miembro competente con base en los foros del Reglamento Bruselas II *bis* (arts. 3 a 5), en la práctica supone que se abra la puerta a un foro de nacionalidad del demandado, cuando se tenga residencia fuera de la Unión, que le permitirá al cónyuge ser demandado por divorcio, separación o nulidad ante los tribunales de su Estado miembro si en su Ley nacional se recoge ese tipo de foro -por otro lado, exorbitante- de competencia. La conveniencia de la creación encubierta o escondida de un foro de esta naturaleza vía jurisprudencial choca frontalmente con los objetivos y principios inspiradores de los instrumentos europeo sobre competencia judicial internacional.

⁴⁸ *Vid.* STJUE de 29 noviembre 2007, C-68/07, *Kerstin Sundelind Lopez vs. Miguel Enrique López Lizazo* [ECLI:EU:C:2007:740]; SAP Barcelona 18 diciembre 2013 [CENDOJ 08019370122013100918]; AAP Madrid 21 noviembre 2008 [CENDOJ 28079370222008200348].

⁴⁹ En la medida que en los supuestos en los que el demandado localice su residencia habitual en un Estado miembro, obviamente concurre uno de los criterios de conexión del art. 3 apartado 1 letra a) que reconoce la competencia de la jurisdicción nacional de dicho Estado miembro de residencia; por lo que no cabría plantearse el recurso a la competencia residual del art. 7 Reglamento Bruselas II *bis* (y en los mismos términos para la aplicación del art. 7 del Reglamento Bruselas II *ter*).

La mera nacionalidad de las partes no se prevé como criterio de atribución de competencia en ningún instrumento europeo, por considerarse un foro exorbitante, tanto en su versión *forum actoris* como ahora un eventual foro basado en la nacionalidad del demandado. La razón de esta exclusión es evidente, ya que no es un foro de proximidad que permita el acceso a la justicia en términos equitativos para cualesquiera de las partes en litigio, que son los principios que inspiran -o deben inspirar- los textos europeos de esta naturaleza⁵⁰. De esta suerte, el criterio de nacionalidad de una de las partes, como única base competencia para que la jurisdicción nacional de un Estado miembro conozca de la pretensión, puede resultar contrario al art. 6 apartado 1 del CEDH y en el ámbito de las relaciones intracomunitarias al correlativo art. 47 de la CDFUE. Precisamente en la materia referida, crisis matrimonial, en los foros de competencia generales, objetivos, alternativos y exclusivos⁵¹ que el Reglamento Bruselas II *bis* recoge en su art. 3 apartado 1 letras a) y b) (y su sucesor el Reglamento Bruselas II *ter*, por cuanto que mantiene los mismos criterios) la nacionalidad de una de las partes en litigio no atribuye competencia a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, sino que requiere requisitos accesorios que aseguren la proximidad del foro al litigio: bien porque sea el Estado de la nacionalidad común de las partes (art. 3, apartado 1 letra b), bien porque sea el país de nacionalidad del demandante cuando hubiera estado residiendo habitualmente en su territorio al menos seis meses antes de la presentación de la demanda (art. 3, apartado 1, regla 6ª). A mayor abundamiento, aunque fuera del ámbito matrimonial, encontramos supuestos en los que el legislador europeo va más allá e incluso elimina la eficacia del posible recurso a este criterio de conexión: nacionalidad de alguna de las partes, para fundamentar la competencia el tribunal del Estado miembro del foro en aplicación de su propio sistema nacional en materias cubiertas por los instrumentos. Así, solo ha de referirse la previsión que en este sentido recoge expresamente el Reglamento Bruselas III, últimos incisos, del art. 3 en sus letras c) y d), para determinar la competencia por conexión de los tribunales de los Estados miembros en materia de alimentos, cuando éstas sean acciones accesorias de otras en materia de estado civil o de responsabilidad parental: “salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes”.

19. Asimismo, la aproximación que por el Tribunal se establece del funcionamiento y alcance de la competencia residual prevista en el art. 7 Reglamento, puede conducir a supuestos claudicantes en la práctica, desvirtuando precisamente las razones por las que esta regla se incorporó en el instrumento (así como en su sucesor, el Reglamento Bruselas II *ter*). Básicamente la competencia residual busca evitar, por un lado, el problema que se plantearía en el caso de que los tribunales de un tercer Estado, típicamente el de residencia habitual de los cónyuges –Togo en el caso del litigio principal-, no tengan reconocida competencia judicial internacional para conocer del litigio sobre crisis matrimonial; y, por otro, para el caso de que sí dispongan de competencia los tribunales de terceros Estados, que puedan dictar resolución en la materia que sea inefectiva, es decir, claudicante, dentro de la UE. Según el fallo del Tribunal de Justicia, en la medida que los cónyuges demandados sean nacionales de un Estado miembro no pueden ser demandados ante los tribunales de un Estado miembro con arreglo a sus foros nacionales de competencia internacional, sino que deben aplicarse necesaria y exclusivamente los arts. 3, 4 o 5 del Reglamento Bruselas II⁵², y solo en su defecto, en ausencia de Estado miembro competente según estos preceptos, al demandante solo le queda la opción de demandar ante los tribunales del Estado miembro de nacionalidad del demandado, que decidirán si son o no competentes según su Derecho nacional; lo que podría llevar como resultado que en aplicación de ese sistema nacional de competencia resultara igualmente no competente la jurisdicción del foro -por no recoger la mera nacionalidad como criterio de competencia-, entrando en un absurdo supuesto de denegación de justicia, que es precisamente lo que se pretendía evitar.

Pongamos un ejemplo en el que se daría un supuesto de denegación de justicia a los nacionales de los Estados miembros por tener residencia habitual en tercer Estado como consecuencia de esta interpretación restrictiva de la competencia residual del Estado miembro que pueda conocer de la demanda. Tomaremos para ello el supuesto de hecho objeto de análisis al revés, siendo que la parte demandante fuera

⁵⁰ En aras de la buena Administración de justicia, que incide tanto desde el punto de vista de la optimización de la organización judicial como desde la perspectiva del interés de las partes, demandante y demandado, en el acceso simplificado a la justicia y en la previsibilidad de las reglas de competencia.

⁵¹ Siguiendo la argumentación del propio TJUE en la sentencia C-501/20, en su apartado 41.

⁵² Y en los mismos términos si tienen su residencia habitual en un Estado miembro.

el cónyuge nacional portugués y la demandada la nacional española, planteando la pretensión en materia matrimonial ante los tribunales portugueses. Partiendo de que los cónyuges residen habitualmente en un tercer Estado -en Togo- y que no hay ningún Estado miembro que pueda conocer con base en los arts. 3,4 o 5, por no darse las condiciones en ellos indicadas, la consecuencia directa de esta nueva doctrina jurisprudencial llevaría necesariamente a los tribunales Portugueses a declinar su competencia sin poder acudir a sus normas de Derecho nacional para establecer su competencia, teniendo el demandante que acudir necesariamente a los tribunales españoles. El tribunal español tendría que buscar su competencia en la LOPJ, en concreto en el art. 22 *quáter* letra c). Según este precepto, en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, solo en caso de que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia -lo que en el caso de nuestro ejemplo la competencia sería previsiblemente de Togo como residencia habitual común de los cónyuges al tiempo de la demanda-, España podía entrar a conocer cuando *ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española*. Según las circunstancias del caso expuesto, no concurren ninguna de las conexiones con nuestro país para poder establecer la competencia para conocer de esta pretensión. En definitiva, en la medida que el legislador nacional se “inspira” en los foros previstos en el art. 3 apartado 1 letras a) y b) del Reglamento Bruselas II para la formulación unilateral de la competencia de nuestros tribunales en esta materia, si no se dan las condiciones del Reglamento, tampoco pueden darse las de la LOPJ. Consecuentemente, los tribunales españoles en aplicación del art. 22 *octies* apartado 3 párrafo primero de la LOPJ, deberían declararse incompetentes, sin que pudieran recurrir el *forum necessitatis* del segundo párrafo de esta disposición -siempre si se considera que la nacionalidad de la demandada fuera conexión suficiente con España en el litigio- salvo que los tribunales de Togo hubieran declinado su competencia.

En definitiva y en conclusión, de esta esta reciente Sentencia parece que se obliga a litigar en materia matrimonial en terceros países (generalmente el de residencia) a los ciudadanos europeos que, aun siendo nacionales de dos Estados miembros, no cuenten con residencia habitual dentro de la UE, pues no pueden divorciarse ante tribunales de ningún Estado miembro (de acuerdo con el Reglamento). Podría plantearse la eventual articulación de un foro de necesidad en favor de los Estados miembros para conocer de esta materia en estos casos cuando de *iure* o de *facto* en ese tercer Estado (típicamente el de residencia habitual de los cónyuges) no pudiera seguirse de manera adecuada y con plenas garantías para las partes dicho procedimiento o fueran tan gravosos los costes de litigación allí que condujera en la práctica a un supuesto de denegación de acceso a la justicia para las partes. No obstante, esta posibilidad no ha sido abordada por el Tribunal de Justicia en la sentencia, quizá por hecho de que esta figura no está prevista en el instrumento⁵³ de forma buscada por el legislador europeo, a diferencia de lo que ocurre en otros textos en los que sí se prevé: por ejemplo, en el Reglamento Bruselas III en su art. 7 -objeto precisamente de la 5ª cuestión prejudicial-, o el art. 11 del Reglamento nº 650/2012 Sucesorio europeo.

20. El razonamiento que hace el tribunal para llegar a este pronunciamiento en el fallo, esto es, las conclusiones a las que llega en relación con el art. 7 del Reglamento Bruselas II *bis*, pueden ser discutibles (en particular por las consecuencias prácticas a las que conducen), por lo que cabría replantearse si están o no justificadas respecto del instrumento de referencia, pero también en relación con su sucesor, el nuevo Reglamento Bruselas II *ter*. En el ya vigente Reglamento, el art. 6, bajo la denominación “competencia residual”, contempla las condiciones de funcionamiento de la regla competencia residual y el alcance de las reglas de competencia en materia matrimonial (contenidas en los arts. 3 a 5). De esta forma se unifica en una única disposición, lo que hasta ahora se recogía en dos artículos en el Reglamento Bruselas

⁵³ En ninguna de las versiones del Reglamento Bruselas II, por lo que parece que no se quiere que esta opción opere en el marco de las crisis matrimoniales transfronterizas, o en materia de responsabilidad parental.

II *bis* (arts. 6 y 7), esto es, el alcance personal de aplicación del instrumento en este ámbito material y su relación con el Derecho nacional de competencia de los Estados miembros. Parece que la unificación en este sentido resulta coherente con el razonamiento del Tribunal de la sistemática interna del instrumento europeo en el diseño de su ámbito personal de aplicación, en el que fundamenta el alcance limitado de la competencia residual. Ahora bien, cabría plantearse si es posible extender sin problemas esta fundamentación al nuevo texto. El punto de partida del razonamiento del Tribunal está en la naturaleza o carácter exclusivo de los foros de competencia recogidos en los arts. 3,4 y 5, de conformidad con el propio título del art. 6 del Reglamento Bruselas II *bis* (apdos. 41, 83 y 84 de la Sentencia), habiendo sido eliminando el adjetivo exclusivo de su terminología en relación con estos foros en materia matrimonial en el nuevo texto reglamentario. El nuevo instrumento prevé una única disposición que contiene en términos generales esencialmente lo mismo que los artículos 6 y 7 del Reglamento Bruselas II *bis*, pero se ha optado por centrar la cuestión en la competencia residual, si se tiene en consideración el título de la disposición. Se ha eliminado cualquier referencia al carácter exclusivo de las normas de competencia previstas en esta materia, lo que cabría plantearse si ha sido buscado conscientemente por el legislador europeo, ya que cuando quiere utiliza este adjetivo de forma expresa dentro de este mismo instrumento. Así, en este sentido -como exclusiva- define la competencia en materia de responsabilidad parental de los tribunales designados/elegidos por las partes en virtud del art. 10 de conformidad con su apartado 4º y en sus artículos concordantes (art. 12 apartado 5, art. 13 apartado 4 y 5, lo que se ratifica en el Considerando 38).

21. Por todo lo anterior, y en consecuencia, la solución a la que ahora llega el Tribunal de Justicia sobre la interpretación de la competencia residual en materia matrimonial en el Reglamento Bruselas II *bis/ter*, no parece justificada, quizá sea una huida hacia adelante del Tribunal ante un defecto del instrumento (tanto el su versión *bis* como para el vigente Bruselas II *ter*), tratando de dar una solución cuando se carece de foro de necesidad (lo que se podría haber subsanado en la versión consolidada del Reglamento, viendo la experiencia con el Reglamento 2201⁵⁴). Una solución que desde esta perspectiva resulta errónea, pues crea de manera encubierta un foro de nacionalidad del demandado, cuando se tenga residencia fuera de la Unión, que le permitirá al cónyuge ser demandado por divorcio (crisis matrimonial, en general) ante los tribunales de su Estado miembro si en su Ley nacional se recoge ese tipo de foro -exorbitante- de competencia. Pero por otro lado, esta solución también plantea el problema de no poder evitar supuestos claudicantes -que es precisamente lo que justifica la previsión de normas de competencia residual-, en el caso de que la Ley nacional de competencia de ese Estado miembro de nacionalidad del demandado no recoja este tipo de foros de competencia judicial internacional debiendo declinar su competencia, siendo esta la única jurisdicción que puede acudir a la competencia residual del art. 7 del Reglamento por la interpretación restrictiva del Tribunal.

C) El *forum necessitatis* para obligaciones de alimentos ante supuestos de denegación de justicia

22. Por último, en materia de obligación de alimentos el instrumento europeo aplicable prevé otro marco cuando el conjunto de partes del litigio no reside habitualmente en un Estado miembro, y no resulte competente ningún tribunal de Estado miembro con fundamento en la reglas de los arts. 3,4 y 5, y en defecto de competencia subsidiaria del art. 6⁵⁵ (nacionalidad común de las partes)⁵⁶. En ese caso, como

⁵⁴ Vid. M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, "Divorcio entre cónyuges del mismo sexo como paradigma de la ineludible incorporación del *forum necessitatis* al reglamento Bruselas II bis". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2019, Nº. 63, PP. 407-448.

⁵⁵ Es la primera vez que un Reglamento comunitario establece una regulación uniforme de la competencia judicial internacional sin hacer remisiones expresas al Derecho nacional del foro. Vid. F. POCAR, "La disciplina comunitaria della giurisdizione in tema di alimenti: il Regolamento 4/2009", en BARUFFI, C. Y CAFARI PANICO, R., (a cura di), *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, Cedam, 2009, pp. 12-14.

⁵⁶ El art. 7 solo opera en defecto de los arts 3 a 6 del Reglamento, aunque el precepto no haga referencia al art. 6 en su enunciado; por lo que no puede entenderse como una opción alternativa para el demandante entre el art. 6 y el 7. Vid., S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: Cuestiones escogidas", *La Ley UE*, nº 7230, 31 de julio de 2009, en esp. p.9.

en el de autos, ha de acudir al art. 7 del Reglamento Bruselas III (nº 4/2009) como foro de necesidad. Este precepto establece cuatro requisitos acumulativos para que un tribunal de un Estado miembro pueda declarar excepcionalmente su competencia en virtud de un estado de necesidad (*forum necessitatis*). En primer lugar, el tribunal al que se haya presentado la demanda sobre alimentos deberá comprobar que en el sentido de los arts. 3 a 6 del Reglamento no sea competente ningún tribunal de un Estado miembro. En segundo lugar, el litigio en cuestión deberá manifestar estrecha vinculación con un tercer Estado, como así sucede cuando todas las partes implicadas tienen allí su residencia habitual. En tercer lugar, es necesario que el procedimiento no pueda razonablemente introducirse o llevarse a cabo en ese tercer Estado, o resulte imposible en él. El análisis del acceso a la justicia en ese tercer Estado debe hacerse a la vista de las circunstancias del caso concreto, para determinar si este está obstaculizado, de hecho o de Derecho, en particular debido a la aplicación de condiciones procesales discriminatorias o contrarias a un proceso justo. En último y cuarto lugar, el litigio deberá guardar una conexión suficiente con el Estado miembro del tribunal ante el que se haya presentado la demanda, que podrá basarse, en particular, en la nacionalidad de las partes.

23. En la sentencia de 21 de agosto de 2022, el Tribunal de Justicia realiza ciertas precisiones respecto de los cuatro requisitos acumulativos exigidos para que el recurso excepcional a este foro, por estado de necesidad, evite supuestos reales de denegación de justicia. En cuanto al cumplimiento del primer requisito, no es suficiente con que el tribunal del foro (ante el que se ha presentado la demanda) verifique no es competente de conformidad con los artículos 3 a 6 del Reglamento, sino que debe constatar que no existe ningún otro tribunal de otro Estado miembro que pueda conocer en virtud de dichos artículos –en particular, cuando se inicien procedimientos ante varios órganos jurisdiccionales–.

En el asunto de referencia, en el que por los hechos obrantes en autos, por el tribunal remitente se parte de la premisa de que la residencia habitual de las partes se encuentra situada en un tercer Estado (demandado y acreedor/es de alimentos), por lo que no se cumplirían en principio los criterios establecidos en el artículo 3, letras a) y b), respectivamente, del Reglamento no es, en consecuencia, suficiente para constatar que ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro es competente con arreglo a los artículos 3 a 6 de dicho Reglamento, en el sentido de su artículo 7. De esta suerte, corresponde también al órgano jurisdiccional remitente comprobar que él y los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembros no sean competentes para pronunciarse sobre dicha pretensión en virtud de los criterios de competencia enumerados en el artículo 3, letras c) o d)⁵⁷, o en los artículos 4 a 6 del Reglamento⁵⁸. En este sentido, si como en el asunto de referencia el órgano jurisdiccional remitente no fuera competente para pronunciarse sobre la pretensión de disolución del matrimonio, pero pudiera serlo para pronunciarse sobre la pretensión relativa a la responsabilidad parental, por acción de la cláusula de competencia residual del art. 14 del Reglamento Bruselas II *bis*, con fundamento en su Derecho interno a través de disposiciones basadas en la nacionalidad de la demandante (como así se recoge en el art. 22 *quáter* letra d LOPJ), el órgano jurisdiccional remitente debería determinar si, debido a esa circunstancia y teniendo en cuenta el límite expreso del artículo 3, letra d) del Reglamento Bruselas III, carecería de competencia para conocer de la pretensión sobre el crédito de alimentos en favor de los hijos. Habida cuenta que para las demandas de alimentos en los que los acreedores sean menores de 18 años se excluye la posible autonomía jurisdiccional expresa del art. 4 del Reglamento (por lo que no opera esta disposición en el litigio principal analizado) y no parece que puede alegarse la existencia de una sumisión tácita en favor de la jurisdicción del tribunal remitente -ya que no hay elementos de prueba de la comparecencia del demandado ante el tribunal español- también quedaría fuera el foro del art. 5. No obstante, no parece que se haya descartado que los órganos jurisdiccionales portugueses puedan, en su caso, basar su competencia en el artículo 6 del Reglamento, dada la nacionalidad portuguesa común del padre y los menores, si estos últimos son parte en el procedimiento como acreedores de alimentos; lo que le corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

⁵⁷ Que establecen foros de conexidad para conocer de las pretensiones de alimentos, cuando estas acciones fueran accesorias de otras demandas sobre estado civil o responsabilidad parental, en favor de los Estados miembros competentes para conocer sobre esas otras materias conexas según la ley del foro, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes.

⁵⁸ Un análisis pormenorizado de los foros de competencia previstos en este instrumento, en M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La regulación del reglamento 4/2009...”, *loc. cit.*, pp. 11 a 17.

24. En lo que respecta al requisito de que el litigio que se presenta ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro debe poseer estrecha relación con un tercer Estado, es necesario recordar que el Reglamento no proporciona ninguna indicación sobre las circunstancias que permiten apreciar la existencia de tal estrecha relación. En este sentido, el Tribunal de Justicia, para dar indicios a tales efectos, parte de los criterios de competencia en los que se basa el propio Reglamento (apdo. 105), en particular el de la residencia habitual. Por consiguiente, el tribunal del foro -ante el que se ha presentado la demanda- deberá poder constatar la existencia de esa exigida estrecha relación cuando de las circunstancias del caso resulte que todas las partes en el litigio residen habitualmente en el territorio de ese tercer Estado -extremo que corresponde comprobar a dicho órgano jurisdiccional-, y ello con independencia de los criterios en los que se base la competencia en materia de obligaciones de alimentos en ese tercer Estado.

25. Las circunstancias para la verificación de la concurrencia de la condición de que el procedimiento en cuestión no pueda razonablemente introducirse o llevarse a cabo o resulte imposible ante los órganos jurisdiccionales del tercer Estado de que se trate a los efectos del art. 7 del Reglamento, también han sido precisadas por el Tribunal de Justicia.

Partiendo del carácter excepcional de este foro de necesidad, su recurso debe estar justificado, pero el Reglamento no proporciona indicaciones sobre las circunstancias en las que el Estado miembro foro, ante el que se haya presentado la demanda, podría constatar que el procedimiento en materia de obligaciones de alimentos no pueda razonablemente introducirse o llevarse a cabo ante los órganos jurisdiccionales del tercer Estado de que se trate. El Considerando 16 menciona la guerra civil como un ejemplo de esas situaciones en las que el *forum necessitatis* está justificado para evitar un supuesto de denegación de justicia, pero también “cuando no quepa esperar razonablemente que el solicitante introduzca o conduzca un procedimiento” en dicho tercer Estado. Sobre esta base, el Tribunal de Justicia resuelve que para que opere ese estado de necesidad no podrá exigir al solicitante de alimentos que acredite haber introducido o intentado introducir el procedimiento en cuestión ante los órganos jurisdiccionales del tercer Estado de que se trate con resultado negativo. Esta aproximación está justificada y resulta coherente con los objetivos que esta regla persigue: evitar supuestos de denegación de justicia, habida cuenta de los eventuales costes de litigación internacional en ese tercer Estado que pudiera configurarse como un verdadero obstáculo al acceso a la justicia en dicho Estado. Consiguientemente, basta con que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se haya presentado la demanda, a la vista de todos los elementos de hecho y de Derecho del asunto, esté en condiciones de asegurarse de que los obstáculos en el tercer Estado de que se trate sean tales que no sea razonable obligar al solicitante que reclame el crédito de alimentos ante los órganos jurisdiccionales de dicho tercer Estado (en particular debido a la aplicación de condiciones procesales discriminatorias o contrarias a las garantías fundamentales de un proceso justo)⁵⁹. Ahora bien, a este respecto, el órgano jurisdiccional no puede basarse únicamente en circunstancias generales relativas a las deficiencias del sistema judicial del tercer Estado sin analizar las consecuencias que dichas circunstancias podrían tener en el caso de autos.

26. La última aportación significativa en este ámbito de la sentencia es que por el Tribunal se introduce ciertos indicios para concretar cuándo se cumple el necesario criterio de conexión suficiente del Estado miembro del foro ante el que se haya presentado la demanda con el litigio, para poder fundamentar su competencia como foro de necesidad del art. 7, en particular, se refiere expresamente a la posibilidad de basarse en la nacionalidad de alguna de las partes.

III. Conclusiones

27. La reciente sentencia del Tribunal de Justicia (*C-501/20, MPA vs. LCDNMT*), conlleva significativas consecuencias prácticas en el ámbito del Derecho europeo de familia, aunque las valoraciones sobre esta resolución son muy distintas en función de las cuestiones resueltas por el Tribunal según el

⁵⁹ *Vid.* apdos. 110-113, de la Sentencia analizada.

sentido del fallo. Las dos cuestiones esenciales que se extraen de esta resolución, ambas vinculadas al sector de la competencia judicial internacional, establecer doctrina jurisprudencial de gran relevancia en el ámbito de litigación transfronteriza, pero por distintos motivos.

28. Partiendo de la premisa de que la residencia habitual es un criterio esencial en el ámbito del Derecho internacional privado europeo de familia, tanto como principal foro de competencia general para concretar las autoridades más próximas para conocer de las diferentes pretensiones cubiertas por los Reglamentos europeos de referencia -en materia matrimonial, de responsabilidad parental y obligaciones de alimentos-, como para establecer el ámbito de aplicación de tales instrumentos, su delimitación resulta determinante. Habida cuenta de que en ninguno de los principales Reglamentos europeos de referencia, a saber, el Reglamento Bruselas II *bis* (y lo mismo para su sucesor, el Reglamento 2019/1111) y el Reglamento 4/2009, contienen una definición propia del término, ni éste puede integrarse a través de ningún ordenamiento jurídico nacional (excluida remisión en este sentido), la delimitación autónoma e independiente de este concepto jurídico indeterminado por la jurisprudencia del TJUE se manifiesta esencial. A este respecto, el Tribunal de Justicia viene a consolidar y completar la doctrina ya marcada en sus anteriores resoluciones, manteniendo la necesidad de un análisis de las circunstancias concretas en cada caso para delimitar el criterio autónomo e independiente de “residencia habitual” en función del contexto y objetivos del instrumento aplicable, estableciendo condiciones específicas y factores determinantes para su localización según el ámbito material en el que se encaja la pretensión que se demanda.

29. La aportación realizada en esta ocasión por el Tribunal resulta particularmente significativa, por cuanto no existía doctrina previa para localizar las autoridades competentes en un caso como en el de referencia, en el que concurre la condición de agentes de la UE de los cónyuges y se plantea la eventual inmunidad diplomática y su posible incidencia -y en qué términos- en esta cuestión. Se analiza la pertinencia de la condición de agentes contractuales de la UE de los cónyuges desplazados físicamente a un tercer país en cumplimiento de las funciones asignadas por la Unión, como factor para tomar en consideración en la concreción de la residencia habitual de las partes (incluidos los hijos menores) como base de la competencia judicial de los Estados miembros.

La inmunidad jurisdiccional vinculada a la condición de diplomático -reconocida en el Derecho internacional público y normativa europea sobre inmunidades- no resulta aplicable a los cónyuges agentes contractuales de la UE (ni a sus hijos) que ejercitan sus funciones en un tercer Estado, aunque en dicho Estado tengan consideración de diplomáticos, tanto por su condición de agentes como por la naturaleza privada de las pretensiones que se instan; sin que esta condición de agentes de la UE sea un elemento determinante a efectos de la concreción de la residencia habitual en un Estado miembro en el sentido del art. 3, apartado 1 letra a) del Reglamento Bruselas II *bis* -en materia matrimonial- y del artículo 3, letras a) y b) del Reglamento 4/2009 -para las obligaciones de alimentos-. Este razonamiento se extendería también para la aplicación de la regla general de competencia del art. 8 del Reglamento Bruselas II *bis* -aunque no se plantea en la cuestión prejudicial y por tanto no se manifieste el Tribunal en este sentido-, para la concreción de los elementos determinantes para localizar el Estado miembro de residencia habitual de los menores que pueda conocer de las pretensiones en materia de responsabilidad parental -ya que la condición de agentes de los progenitores y su eventual incidencia en la determinación de la competencia en la delimitación de la residencia habitual del núcleo familiar, se extendería a los hijos menores con los que conviven-.

30. Resulta igualmente relevante la aportación específica de esta resolución en la delimitación del término “residencia habitual” a los efectos del art. 8 apartado 1 del Reglamento Bruselas II *bis* en materia de responsabilidad parental, y que resulta extensible para la aplicación del art. 7 del vigente Reglamento 2019/1111. Partiendo de que la residencia habitual del menor constituye asimismo un concepto autónomo en este sector material, el Tribunal de Justicia exige, al menos, la presencia física en un determinado Estado miembro que no tenga en absoluto carácter temporal u ocasional y que refleje cierta integración de dichos menores en un entorno social y familiar. A este respecto, el vínculo constituido por la nacionalidad de la madre (o de cualquiera de los progenitores) así como por su residencia, antes

de su matrimonio, en el Estado miembro al que pertenezca el tribunal ante el que se haya presentado una demanda en materia de responsabilidad parental, no es pertinente a efectos de establecer la competencia de dicho tribunal, mientras que es insuficiente por sí misma la circunstancia de que los menores hayan nacido en ese Estado miembro y tengan su nacionalidad.

31. Cuando las partes en el litigio tengan su residencia habitual en un tercer Estado fuera de la UE, de conformidad con los principios y factores determinantes para la localización de ese país de residencia según la doctrina analizada, esta circunstancia puede traer como consecuencia que según los instrumentos europeos aplicables no resulte competente ningún órgano jurisdiccional de Estado miembro, aunque las partes ostenten la nacionalidad de algún Estado de la Unión. A este respecto, la sentencia analizada resulta especialmente significativa en la medida que especifica las condiciones en las que un tribunal de un Estado miembro de la UE, ante el que se haya presentado la demanda, puede declarar su competencia para pronunciarse en materia de divorcio, responsabilidad parental y obligación de alimentos cuando, en principio, no resulte competente ningún otro Estado miembro, en función de las reglas de competencia residual o el *forum necessitatis* previstas en el instrumento europeo de referencia.

Si bien en ambas soluciones -competencia residual en materia matrimonial y foro de necesidad en obligaciones de alimentos- el Tribunal de Justicia atribuye a la nacionalidad la condición de elemento o factor relevante para la concreción del tribunal de Estado miembro competente, su incidencia en una y otra aproximación no tiene ni mucho menos la misma importancia ni consecuencias en la práctica transfronteriza.

32. La reciente doctrina del TJUE supone una interpretación y alcance de las reglas de competencia residual previstas en los artículos 7 y 14 del Reglamento Bruselas II *bis* (extensible a su sucesor) de manera distinta en función del ámbito material del que se trate. A este respecto, lo determinante para el Tribunal es el carácter -exclusivo o no- de las normas de competencia contenidas, lo que condiciona la aplicabilidad de las normas autónomas de los Estados miembros vinculados -en las materias cubiertas- para establecer su competencia respecto de los ciudadanos nacionales de la Unión pero residentes en terceros Estados. Según esta doctrina, la regla de competencia residual del artículo 14 del Reglamento, no obsta para que, a fin de determinar su propia competencia, el órgano jurisdiccional del Estado miembro que conoce del asunto aplique sus normas de Derecho interno, incluida, en su caso, la basada en la nacionalidad del menor, aun cuando el padre, el demandado, sea nacional de un Estado miembro distinto de aquel al que pertenece dicho órgano jurisdiccional; lo que no puede predicarse respecto del artículo 7 en materia matrimonial al condicionar su interpretación en relación con el artículo 6. Para el ámbito de las crisis matrimoniales, cuando el cónyuge demandado sea nacional de un Estado miembro -distinto del de la nacionalidad de la parte demandante- y no quepa establecer la competencia de ningún Estado miembro de conformidad con los arts. 3 a 5 del Reglamento, la competencia residual del art. 7 solo podrá utilizarse por el Estado miembro de nacionalidad del demandado para buscar en su Derecho nacional la competencia, con las significativas consecuencias prácticas que esto conlleva.

La solución a la que llega el Tribunal en la interpretación del art. 7 del Reglamento no resulta adecuada por varias razones. En primer lugar, abre la puerta de manera encubierta a un foro de nacionalidad del demandado, cuando se tenga residencia fuera de la Unión, que le permitirá ser demandado por crisis matrimonial ante los tribunales de su Estado miembro, si en su Ley nacional se recoge ese tipo de foro -exorbitante- de competencia. Pero por otro lado, esta solución restrictiva también plantea el problema de no poder evitar supuestos claudicantes -que es precisamente lo que justifica la previsión de normas de competencia residual-, en el caso de que la Ley nacional de ese Estado miembro de nacionalidad del demandado no recoja este tipo de foros de competencia judicial internacional (como sería el caso de España), debiendo declinar su competencia, habida cuenta que es ésta la única jurisdicción nacional la que puede acudir a la competencia residual del art. 7 del Reglamento, según la interpretación limitante del Tribunal de Justicia.

En definitiva, la aproximación del Tribunal de Justicia manifiesta significativas consecuencias prácticas con errores en su fundamento. Con esta interpretación restrictiva del art. 7 del Reglamento Bruselas II, se “penaliza” a los cónyuges en aquellos supuestos en los que siendo nacionales de distintos

Estados de la Unión residen en terceros Estados, al limitar el recurso de la competencia residual (art. 7), única y exclusivamente, a los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad del cónyuge demandado, creando así un foro exorbitante escondido; pero además planteando posibles supuestos claudicantes, ante los que no cabría aducir un foro de necesidad para determinar la competencia -desde la perspectiva del Derecho europeo-. El razonamiento que hace el tribunal para llegar a este pronunciamiento en el fallo, en relación con el Reglamento Bruselas II *bis*, puede resultar controvertido y cabría replantearse si está o no justificado en relación con su sucesor, el nuevo Reglamento 2019/1111, habida cuenta de las consecuencias prácticas.

33. En materia de obligaciones de alimentos, en el Reglamento 4/2009 se prevé otro marco jurídico cuando, como consecuencia de que el conjunto de las partes del litigio no reside habitualmente en un Estado miembro, no pueda establecer su competencia ningún Estado miembro de conformidad con este instrumento europeo. En este contexto, el Estado miembro donde se haya presentado la demanda sobre alimentos ha de recurrir al foro de necesidad del Reglamento. El *forum necessitatis*, contenido en el artículo 7, condiciona su aplicación al cumplimiento acumulativo de cuatro condiciones. El Tribunal de Justicia realiza en la sentencia de referencia ciertas precisiones respecto de estos cuatro requisitos acumulativos para que el recurso excepcional a este foro, por estado de necesidad, evite supuestos reales de denegación de justicia. A este respecto, para aquellos casos en los que todas las partes en el litigio en materia de obligaciones de alimentos tengan su residencia fuera de los Estados miembros, la competencia basada en casos excepcionales en el *forum necessitatis* del artículo 7 puede declararse si ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro es competente con arreglo a los artículos 3 a 6 del Reglamento (lo que debe probarse por el Estado miembro ante el que se presenta la demanda), si el procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo en el tercer Estado con el cual el litigio tiene estrecha relación -como es el caso del Estado de residencia habitual del núcleo familiar-, o si resulta imposible en él, y si el litigio guarda una conexión suficiente con el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda.

Para considerar, excepcionalmente, que un procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo en un tercer Estado, establece el Tribunal de Justicia que es preciso que, tras un análisis pormenorizado de los elementos obrantes en autos, el acceso a la justicia en ese tercer Estado esté, de hecho o de Derecho, obstaculizado, en particular debido a la aplicación de condiciones procesales discriminatorias o contrarias a las garantías fundamentales de un proceso justo, sin que sea necesario que la parte que invoca el foro de necesidad deba haber introducido o intentado introducir dicho procedimiento ante los órganos jurisdiccionales de ese mismo tercer Estado con resultado negativo. Esta aproximación resulta muy pertinente, por cuanto que de esta forma se evitan aquellos supuestos en los que los altos costes de litigación internacional en ese tercer Estado resultan un verdadero obstáculo al derecho de acceso a la justicia. Asimismo, se introduce ciertos indicios por el Tribunal para concretar cuándo se cumple el necesario criterio de conexión suficiente del Estado miembro del foro con el litigio, como es la nacionalidad de una de las partes.

Los guardianes de acceso al metaverso. (Re)pensando el Derecho de la competencia de la Unión Europea

The guardians of access to the Metaverse. (Re)thinking the European Union Competition Law

JONATÁN CRUZ ÁNGELES

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Jaén*

ORCID ID: 000-0002-8648-5525

Recibido: 16.12.2022 / Aceptado: 17.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7541

Resumen: El Metaverso, un espacio completamente virtual, está llamado a plantear nuevos desafíos para el Derecho de la Competencia de la Unión Europea. En estos momentos, los denominados gigantes tecnológicos están invirtiendo miles de millones de dólares para desarrollar nuevas plataformas autodenominadas “metaversos”. Entre éstas, destacan los proyectos iniciados por Epic Games, Roblox Corporation, Meta o Microsoft. No obstante, al usuario medio todavía no le queda claro en qué consiste este nuevo mercado ni mucho menos cómo se clasificará en términos antimonopolio. Así las cosas, en este artículo trataremos de definir este fenómeno y estudiaremos cómo la Unión Europea ha creado una nueva categoría: la de “guardianes de acceso” para designar a aquellas empresas o plataformas de mayor volumen o éxito, asignándoles toda una serie de obligaciones, con el fin de garantizar que el mercado en el que interactúan siga siendo equitativo y disputable.

Palabras clave: Internet, mundo digital, Metaverso, realidad virtual, Derecho Comunitario, Unión Europea, Derecho de la competencia, tecnologías de la información y la comunicación, posición de dominio de mercado, sector digital.

Abstract: Metaverse, a completely virtual space, is called to pose new challenges to the European Union Competition Law. The so-called technology giants are investing billions of dollars in developing new platforms, self-named metaverse. Among these, we can highlight the started projects of Epic Games, Roblox Corporation, Meta, or Microsoft. However, the average user is still confused about what this new market consists of or how it will be classified in antitrust terms. Thus, in this paper, we will focus on the definition of this new virtual world. Besides, we will study how the European Union new category: access guards, to designate those companies or higher volume platforms. Thus, they will have a set of obligations to guarantee a balanced and disputable interacting space in the market.

Keywords: Internet, digital world, Metaverse, virtual reality, EU Law, European Union, competition law, information and communication technologies, market dominance position, digital sector.

Sumario: I. Consideraciones iniciales: de la concepción del Metaverso en la Ciencia Ficción a su concreción en forma de servicios de plataforma. 1. Tipología de metaversos. 2. Propósitos y límites de la tecnología actual. II. El desarrollo e implementación de estándares en materia de Derecho a la competencia en el Metaverso. III. El nuevo Reglamento sobre Mercados Digitales: ¿un instrumento capaz de garantizar mercados digitales justos y abiertos? 1. La actividad de los gigantes tecnológicos: de meras plataformas de prestación de servicios a guardianas de acceso al Metaverso.

2. El guardián de acceso: conductas, prácticas y dinámicas (des)leales. 3. La apertura de investigaciones de mercado. 4. Investigación, ejecución y supervisión. IV. Conclusiones.

I. Consideraciones iniciales: de la concepción del Metaverso en la Ciencia Ficción a su concreción en forma de servicios de plataforma

1. En función del interlocutor y el área de estudios que consultemos, el término Metaverso puede presentar toda una oleada de distintas acepciones, *inter alia*, véanse, por ejemplo, las siguientes: 1. un mero sinónimo de “internet” de vanguardia, 2. una proyección de una fantasía abstracta, 3. una campaña de marketing que promociona la revolución industrial del mañana, 4. un concepto que designa una porosidad entre el mundo analógico y uno o varios mundos virtuales, 5. plataformas que aúnan tecnologías de (video)juegos y herramientas web en un nuevo paradigma, 6. un (video)juego asociado a la tecnología de cadenas de bloques, también conocida como *blockchain*, 7. un estado de ensueño, o 8. una futura versión de internet donde los espacios virtuales, estables y compartidos sean accesibles a través de una experiencia inmersiva para todos nuestros sentidos e interactiva en tres dimensiones (3D)¹.

2. Para poder procesar toda esta marejada de información debemos ser conscientes de que ésta no es ni más ni menos que el resultado de un fenómeno que atiende a la necesidad de cada uno de los agentes que interviene en el proceso de creación y puesta en marcha del metaverso, que trata(n) de transmitirnos su experiencia en la materia. No obstante, en tanto que juristas, si lo que pretendemos realmente es regular la cuestión, esta tarea requerirá necesariamente de un esfuerzo por nuestra parte para tratar de ordenar la información con el fin de ofrecer tanto al público *lego* como especializado un concepto más tangible, estable, delineado, ordenado, determinado, en definitiva, mucho más acotado.

3. Apriorísticamente, podríamos partir de una distinción del Metaverso escrito con “M” mayúscula², que sería aquel que nace de la literatura de la Ciencia Ficción³, en aras de la creación de un espacio virtual, que se presenta como estable e incluso con vocación de permanencia, con datos de síntesis tridimensionales y completamente interoperable. Nadie sabe todavía si llegará a materializarse esta meta u objetivo ni si los desarrolladores tecnológicos actuales serán capaces de hacer posible llegar a esta etapa. En este contexto, el Metaverso se utilizará, a menudo, para describir un concepto similar al que hoy en día conocemos como Internet⁴. En cambio, el metaverso escrito con “m” minúscula se utilizará para describir instancias o implementaciones de los principios del Metaverso en un mercado digital que todavía se encuentra en fase de desarrollo⁵. Es decir, ambas acepciones podrían coexistir en este “universo” compuesto por una multitud de servicios⁶ y espacios, más o menos abiertos, que en adelante denominaremos metaverso⁷.

¹ A. SERRANO ACITORES. *Metaverso y Derecho*. Madrid, Tecnos, 2022.

² E. MARTÍN MÉNDEZ. *Metaverso: pioneros en un viaje más allá de la realidad*. Madrid, Almuzara, 2022.

³ El término metaverso aparece en 1992 en la novela *Snow Crash (The Virtual samurai)* de Neal Stephenson que describe un mundo sin ley (una “anomia”) donde los intercambios se realizan utilizando monedas electrónicas encriptadas sobre las que no se aplica ningún tipo de impuesto y donde las empresas privadas, las mafias y las sectas están reemplazando progresivamente a los Estados. En este libro, el autor imagina un mundo digital en el que es posible sumergirse introduciendo un avatar, una representación digital de uno mismo. El metaverso imaginado por Stephenson se construye alrededor de un bulevar central donde los desarrolladores pueden construir edificios, parques, colocar señales e inventar aquello que no existe en la realidad. El metaverso de Stephenson es, ante todo, un enorme espacio publicitario: “pon un cartel o un edificio en el bulevar y los cien millones de habitantes más ricos, conectados e influyentes de la tierra los verán todos los días de sus vidas”. A pesar de (o debido a) esta dimensión distópica, el término metaverso ha experimentado varias oleadas de interés y algunos eclipses hasta su redescubrimiento en los últimos meses.

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 C. AMALFITANO. *General Principles of Eu Law and the Protection of Fundamental Rights*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2018.

⁶ V. HATZOPOULOS. *Regulating Services in the European Union* (version 1st ed.). 1st ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁷ K. TANEL & A. RUL. *The Future of Law and eTechnologies*. Cham, Springer International Publishing, 2016.

4. *De facto*, a día de hoy (2022), cuando hablamos de metaverso, a menudo, todavía hacemos referencia a un concepto propio de una (macro)campaña de marketing que abarca varias tecnologías inmersivas, como la realidad aumentada⁸ y la realidad virtual⁹. En este contexto, el reciente cambio de nombre del grupo de Facebook a Meta ha (re)definido el discurso y las reflexiones en torno a este concepto. Al fin y al cabo, este cambio de denominación es una prueba fehaciente de la ambición del grupo, que pretende posicionarse como líder de este mercado digital, aunque también es cierto que muchas otras empresas están tratando de aprovechar la ocasión que ofrece la vaguedad que rodea al concepto en sí para presentarse como alternativas válidas, en tanto que plataformas de realidad virtual, videojuegos multijugador, plataformas de retransmisión de eventos en realidad aumentada y/o *marketplaces* basados en tecnología *blockchain*, utilizando todos ellos el término “metaverso” para (re)presentarse y (re)definirse¹⁰.

5. Todo ello muestra que, en función del actor en juego, el término metaverso podrá atender a distintas definiciones, que sirvan a los intereses de todos y cada uno de ellos. No obstante, aunque esto sea cierto, sí que podemos intentar localizar algunos elementos o características que nos ayuden a construir un uso común del término metaverso. De entrada, un metaverso sería un servicio en línea que brinda acceso a simulaciones espaciales en tres dimensiones (3D), compartidas y en tiempo real, en las que se pueden disfrutar toda una serie de experiencias inmersivas. De modo que sus características principales serían las siguientes: la simulación espacial en tres dimensiones¹¹, la experiencia de inmersión¹² y la presentación de un espacio estable o con vocación de permanencia a través de un servicio compartido en tiempo real¹³.

1. Tipología de metaversos

6. Podemos señalar la existencia de varias tipologías de metaversos. Aunque algunos de los cerca de cincuenta metaversos existentes compartan algunas propiedades comunes, la mayoría difiere en varios aspectos. Un primer criterio de diferenciación podía establecerse entre metaversos hiperrealistas, frente a metaversos “voxelizados”¹⁴. En el caso de los metaversos hiperrealistas, el reto es reproducir los entornos de la forma más realista y precisa posible, mientras que el segundo enfoque es por el contrario más “ga-

⁸ 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.

⁹ La realidad aumentada es un conjunto de técnicas que permiten la aplicación de elementos virtuales sobre una representación de la realidad física. En cambio, la realidad virtual es un conjunto de técnicas informáticas que permiten crear imágenes y espacios simulados en los que una persona, mediante un dispositivo visual, tiene la sensación de estar y poder desenvolverse dentro de éstos.

¹⁰ W. BARFIELD & M. J. BLITZ, eds. *Research Handbook on the Law of Virtual and Augmented Reality*. Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2018.

¹¹ En los mundos virtuales del metaverso, las tres dimensiones del espacio (alto, ancho y profundidad) difieren del mero relieve utilizado en el cine en tres dimensiones estereoscópico.

¹² Una experiencia inmersiva es aquella que trata de simular un espacio en tres dimensiones en tiempo real. A través de un visor o pantalla, las imágenes y sonidos se calculan para compensar exactamente nuestros movimientos y crear la ilusión de un espacio estable en el que nos movemos. En el caso de la realidad aumentada, este espacio se superpone con la realidad que nos rodea. En el caso de la realidad virtual, este espacio reemplaza a la realidad que nos rodea. EN ambos casos, la inmersión se obtiene cuando el espacio real y espacio simulado coinciden perfectamente. También podemos experimentar la realidad aumentada sin un visor o gafas de realidad virtual, es decir, a través de un smartphone y *tablets* donde los dos espacios se proyectan en tiempo real para formar imágenes híbridas. La pantalla del teléfono inteligente o tableta cumple la función de una cámara a través de la cual vemos la simulación. Estas diferentes modalidades tienen un elemento en común, y es que nos movemos a través de la simulación con nuestro propio cuerpo (inmersión propioceptiva). También es posible vivir experiencias inmersivas proyectándonos en un avatar que nos representa en una pantalla (inmersión exteroceptiva). Este es el caso de la mayoría de videojuegos y mundos en línea similares a *Second Life*.

¹³ La simulación es compartida por todos los usuarios conectados o en línea y continúa en su ausencia. Todos ellos son libres de incorporarse y abandonarlo, dentro de los límites de las capacidades de la infraestructura que lo sustenta.

¹⁴ Un vóxel es una unidad de información gráfica que define un punto en un espacio tridimensional. Una contracción de “volumen” y “pixel”, el vóxel es a 3D lo que el pixel es a 2D. En otras palabras, el pixel que corresponde al elemento imagen define un punto en el espacio bidimensional con sus coordenadas x e y, donde para el vóxel se le suma una tercera coordenada z.

mificado”, con un enfoque tipográfico casi en forma de ladrillo tipo LEGO. Puede realizarse una segunda distinción entre metaversos “planos” donde la inmersión (exteroceptiva) se realiza proyectándose uno mismo en una pantalla y metaversos “espacializados” donde la inmersión (propioceptiva) se realiza utilizando unas gafas de realidad virtual. También podemos distinguir los metaversos según las interacciones que permiten. En el caso más simple o básico, las interacciones se limitan a movimientos y los usuarios se colocan entonces en la situación de simples o meros espectadores. La mayoría de los metaversos también permiten que los usuarios se comuniquen entre sí, ya sea por escrito o por voz y gestos. Asimismo, algunos metaversos también permiten la manipulación y transformación de objetos de simulación.

7. Nuestra definición de trabajo del término metaverso, véase *ad supra*, por tanto, nos permite distinguir las características esenciales de los metaversos y sus modalidades. Por ejemplo, se puede acceder a los metaversos a través de diferentes dispositivos que van desde un simple teléfono inteligente o una pantalla de ordenador hasta gafas de realidad virtual y aumentada o dispositivos complejos específicos (salas de realidad virtual o dispositivos inmersivos que todavía se encuentran en fase de desarrollo y, por tanto, son experimentales). Otra ilustración de lo que constituye una modalidad y no una característica es el avatar. Los avatares también pueden considerarse una modalidad en los metaversos, no una función central. Así las cosas, algunos metaversos, particularmente en realidad aumentada o mediante experiencias teatrales inmersivas en realidad virtual, prescinden de los avatares. Dada la rápida evolución de las tecnologías de inmersión y la volatilidad de ciertos conceptos en torno a los metaversos, es útil separar estas modalidades de los elementos esenciales de la definición.

8. Los metaversos actuales (2022) pueden distinguirse atendiendo, principalmente, a dos características principales: la necesidad de gafas de realidad virtual para el acceso y la implementación de la tecnología de cadena de bloques o *blockchain*. De este modo, podemos distinguir cuatro categorías distintas:

9. En primer lugar, identificamos los metaversos sin acceso a través de gafas de realidad virtual ni tecnología de cadena de bloques representan la mayoría de los casos y casi todos son juegos en línea. Se basan en una inmersión puramente exteroceptiva, en particular por proyección de un avatar (pero no exclusivamente, en el caso de la realidad aumentada), y utilizan medios tradicionales de identificación y pago. El arquetipo de estos metaversos es *Second Life*, que es un mundo virtual cerrado con una economía cerrada que utiliza su propia moneda (el dólar Linden). Las tecnologías necesarias para el despliegue de estos metaversos se han desarrollado durante los últimos 15 años y han seguido progresando, lo que permite imaginar una nueva generación con universos visualmente más complejos y realistas.

10. En segundo lugar, reconocemos los metaversos a los que podemos acceder con gafas de realidad virtual pero que no cuentan con tecnología de cadena de bloques. Éstos transforman la experiencia de los universos virtuales a través de la inmersión propioceptiva que promueve experiencias más emocionales e intensas. Hay metaversos muy novedosos como VRChat, Rec room y Sansar. Este nuevo tipo de metaversos tiene un crecimiento directamente vinculado al de la venta de gafas de realidad virtual, de las cuales se han vendido millones de unidades en todo el mundo entre 2015 y 2020.

11. En tercer lugar, apreciamos los metaversos a los que no podemos acceder con gafas de realidad virtual pero que sí cuentan con la tecnología de cadena de bloques. Este es caso de *Decentraland* y *The Sandbox*, que presentan características bastante diferentes a los anteriores. Podemos encontrar mundos virtuales tipo “sandbox” voxelizados, que promueven la creación por parte de los usuarios y el comercio entre ellos. Entramos a estos mundos virtuales con un *wallet* o billetera para realizar compras y ventas en criptomonedas. El crecimiento de estos nuevos mundos está vinculado a la popularidad de las tecnologías de cadena de bloques y de los tokens no fungibles (NFTs)¹⁵, que actualmente está ex-

¹⁵ Un Token No Fungible (también conocido como NFT, por sus siglas en inglés) es un tipo especial de token criptográfico que representa algo único. Los tokens no fungibles no son, por tanto, intercambiables de forma idéntica. Esto contrasta con

perimentando un gran interés. Por ello, algunos artistas digitales depositan grandes esperanzas en estos metaversos, que podrían desempeñar el papel de las galerías en un mercado de arte digital globalizado¹⁶.

12. Y, en cuarto y último lugar, reconocemos los metaversos a los que podemos acceder con gafas de realidad virtual y que sí cuentan con tecnología de cadena de bloques y que son, con diferencia, los menos numerosos en la actualidad. Su aceptabilidad social actualmente es muy alta ya que combinan dos características que atraen al público en general: el aislamiento con el casco o visor y el uso de criptomonedas. Su número limitado hasta la fecha podría ser un indicador del débil acoplamiento que existe entre la web inmersiva y la Web3. Pero las cosas podrían cambiar y es aún más interesante observar estos metaversos, al frente de los cuales, en el momento de redacción de este *paper* (2022) encontramos a *Neos*, *Spatial* y *Somnium Space*.

2. Propósito y límites de la tecnología actual

13. Partiendo del concepto de Metaverso con “M” mayúscula, propio de la Ciencia Ficción, que no es ni más ni menos que al que aspiran a desarrollar los gigantes tecnológicos a cinco años vista, entendemos que su objetivo último sería el de permitirnos desarrollar un espacio funcional en el que poder construir todo nuestro proyecto de vida o, como mínimo, que nos ofrezca una experiencia similar a la de nuestra vida cotidiana, pudiendo llegar a reemplazar o sustituir en gran medida el mundo físico o analógico en nuestro día a día. Así las cosas, en tanto que iusinternacionalistas, no podemos evitar plantear la siguiente cuestión: ¿podemos asegurar que estos mercados sean equitativos y disputados? o, por el contrario, ¿está Meta llamado a ostentar una posición de dominio en el mismo?

14. A día de hoy (2022), el propósito de los metaversos existentes, es decir, aquellos escritos con “m” minúscula, todavía se centra en permitir que un número ilimitado de usuarios de Internet comparta simultáneamente experiencias de realidad virtual, con toda una serie de fines sociales, recreativos¹⁷, económicos¹⁸, profesionales¹⁹, artísticos²⁰ o culturales²¹. De modo que su ámbito de aplicación se presenta como muy amplio. Sin ir más lejos, piénsese, por ejemplo, en cómo en el campo de la educación universitaria, la realidad virtual nos permitiría sumergir a nuestros alumnos en entornos específicos útiles para el aprendizaje (evocando un ambiente favorable para la concentración concebido para reducir el estrés), directamente vinculados al contenido de la enseñanza (por ejemplo, reproduciendo un periodo histórico para permitir que los usuarios tengan mejor percepción de un hito o evento). Aunque, llegados

criptomonedas como el Bitcoin, y muchos tokens de red o de utilidad que son fungibles por naturaleza. Las cuatro principales características de los NFT es que son únicos, indivisibles, transferibles y con capacidad de demostrar su escasez.

¹⁶ F. DI SARZANA, M. PIERRO & I. O. EPICOCO. *Il Diritto del Metaverso – Ebook NFT, Defi, GameFi e Privacy*. Namur, Giappichelli, 2022.

¹⁷ Los usos digitales modifican las interacciones sociales tal y como las conocemos. Las particularidades de la interacción están notablemente ligadas a la posibilidad de posponer estas respuestas, de ser anónimo, de mostrarse bajo una luz diferente, de encontrar siempre a alguien con quien interactuar, sin límites gráficos. Los metaversos representan lugares de socialización, que contribuyen a los intercambios sociales, permitiendo entablar una relación con nuevas personas o mantener vínculos con amigos y familiares en situación de lejanía o de restricción de las interacciones físicas.

¹⁸ Explorar el uso de metaversos en B2B (negocios/industria) también representa un vector importante para el desarrollo de estos espacios. Las tecnologías inmersivas se pueden utilizar de forma eficaz para mejorar la colaboración entre equipos y visualizar datos en el contexto industrial, para empresas con fines de simulación, formación, colaboración, así como para la reducción de riesgos, costes de transporte, seguros o ahorro de tiempo.

¹⁹ En el mundo laboral, las tecnologías inmersivas se usan comúnmente para “revisiones de diseño” de productos, donde la representación digital está reemplazando a los prototipos tradicionales y a las maquetas físicas en muchas industrias.

²⁰ Cada vez son más habituales los espectáculos inmersivos y participativos en los que los espectadores, reunidos en un mismo espacio físico, se equipan con cascos de realidad virtual, se ven proyectados en lugares donde se desarrollan distintos tipos de eventos culturales.

²¹ Descubrimiento del patrimonio. No se trata de sustituir necesariamente una visita al museo, sino de animar al público a ir y prepararse para la futura visita. En este contexto, los “visitantes” equipados con cascos de realidad virtual se encuentran inmersos en un entorno de 360 grados y descubren una selección de obras de arte digitalizadas en 3D.

a este punto, debemos preguntarnos si sería posible desplegar estos entornos en mundos virtuales estables, con vocación de permanencia, compartidos por millones (o miles de millones) de internautas. A tal efecto, debemos destacar las limitaciones que todavía presentan este tipo de experiencias inmersivas, en particular en las variaciones que requieren no solo el uso de gafas de realidad virtual, sino también elementos adicionales como sensores para que los posibles avatares restablezcan nuestros movimientos, nuestras actitudes e incluso nuestras emociones. Esto podría tener el efecto de disuadir un uso tan intenso y ubicuo como el de un teléfono inteligente o *smartphone*. No obstante, también es cierto que sí es posible interactuar en los metaversos con equipos más livianos, aunque ello signifique tener una experiencia más degradada.

15. En su conjunto, el hecho de que esta tecnología todavía esté en una fase tan precaria o prematura de desarrollo, puede provocar que los usuarios se sientan frustrados al no poder moverse de forma “natural” o más fluida a través de los distintos espacios, sentir el tacto de otros usuarios, así como de determinados objetos o llegar a reproducir una experiencia totalmente inmersiva para el resto de los cinco sentidos (la vista, el oído, el olfato y el gusto). Es cierto que queda mucho por hacer para minimizar la brecha existente entre la experiencia que ofrece el mundo analógico y los mundos virtuales o digitales. Lo que es innegable es la velocidad a la que este tipo de tecnologías está avanzando y la gran inversión de capital por parte de los gigantes tecnológicos que parecen decididos a alcanzar este objetivo. Por todo ello, nos planteamos: a la velocidad a la que avanza el desarrollo tecnológico de estos espacios, ¿podemos afirmar que la Unión Europea está preparada para regular este fenómeno?

II. El desarrollo e implementación de estándares en materia de Derecho a la competencia en el Metaverso

16. El Derecho Comunitario de la Competencia se aplicará a las empresas que operen en el Metaverso de la misma forma que se aplican a las empresas especializadas en cualquier otra industria o mercado. Estas empresas que, a modo de intermediarias, proporcionan una plataforma digital, donde promocionar, vender productos de consumo u ofrecer distintos servicios, deberán cumplir con el Derecho de la Unión Europea que les es de aplicación²². Así las cosas, en este artículo nos centraremos, principalmente, en tres cuestiones contempladas en el Reglamento sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital²³, que son muy similares a las normas antimonopolio presentes en otras jurisdicciones, éstas son: en primer lugar, las empresas no podrán abusar de una posición de dominio -lo que, como veremos en los próximos apartados es, cuanto menos, cuestionable-; en segundo lugar, las empresas no podrán celebrar acuerdos anticompetitivos (*antitrust*) y; en tercer y último lugar, estas empresas no podrán fusionarse o adquirir otras empresas si se espera que al hacerlo impidan significativamente que pueda garantizarse una competencia efectiva -una cuestión que, tras la reciente alianza entre Meta y Microsoft, parece estar a la orden del día-.

17. El Metaverso promete ser la próxima fase de desarrollo de Internet y el fenómeno de las redes sociales, tal y como los conocemos, por lo que no es de extrañar que muchas de las temáticas o supuestos concretos que se tratan en el Reglamento sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital que podrían afectar a su desarrollo ya están dándose en la actualidad (2022). Por este motivo, las empresas involucradas en investigación y desarrollo para el Metaverso ya están planteando posibles escenarios relacionados con el Derecho de la competencia en cualquier acuerdo de licencia que pueda surgir. Sin embargo, a medida que se desarrolla el metaverso, dependiendo de cómo evolucione éste

²² J. CRUZ ÁNGELES. “Las obligaciones jurídico-comunitarias de las grandes plataformas proveedoras de servicios digitales en la era del metaverso”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2022), Vol. 14, N° 2, 2022, pp. 294-318.

²³ Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento del Mercados Digitales).

exactamente, es probable que surjan algunos problemas clave que implique a los gigantes tecnológicos que operan en este nuevo espacio digital.

18. Dado el potencial comercial del Metaverso, es muy probable que éste evolucione más allá de un único espacio digital. A fin de cuentas, ya hay toda una serie de plataformas que afirman ser un “metaverso” (véase el listado de los principales metaversos existentes en el ANEXO final). Uno de los aspectos más interesantes de estos metaversos es la cuestión de si será posible viajar entre éstos. Es fácil imaginar a un usuario hipotético que desee tener un avatar en el metaverso y usarlo para ir a una reunión de trabajo en el “metaverso de Microsoft” y, una vez finalizada, utilizarlo para navegar por Meta RV. También es relativamente sencillo imaginar que los consumidores que lo deseen puedan utilizar cualquier producto de un metaverso que hayan comprado, ya sean productos digitales, como, por ejemplo, cualquier tipo de atuendo de una marca específica, o productos físicos, como podrían ser unos auriculares de realidad virtual, en todos los distintos metaversos. Esta tendencia ya se está experimentando en las plataformas existentes. Por ejemplo, la plataforma “*Ready Player One*” ofrece la posibilidad a los usuarios de crear un avatar, en principio, interoperable en la amplia mayoría de estos nuevos mundos virtuales.

19. No obstante, más allá de estos servicios, la creación de una verdadera transferencia de datos entre metaversos requeriría que éstos fueran interoperables²⁴. Básicamente, ello significaría crear un estándar técnico común para que los metaversos pudiesen intercambiar información y comunicarse entre sí. Hacerlo, requeriría que cada uno de los gigantes tecnológicos que operan en el Metaverso pactasen qué información comercialmente sensible común a todas sus plataformas están dispuestos a compartir, o cómo podrían (re)diseñarse estos espacios para poder operar con esta nueva dinámica en el futuro. De este modo, compartir información técnica podría favorecer la competencia. Si lo trasladamos, por ejemplo, al sector de la telefonía móvil, sería muy frustrante que un usuario de un operador no pudiese comunicarse con otro de una compañía distinta, o si hubiera varias versiones de competencia 4G o 5G, todas ellas con poca cobertura. Por este motivo, no debe extrañarnos que las empresas involucradas en los ecosistemas de telefonía móvil, desde la gestión de la infraestructura de red hasta el desarrollo de los conjuntos de *hardware*, trabajan juntas para crear estándares que cada parte del equipo debe cumplir para garantizar la interoperabilidad y resolver este tipo de problemas.

20. Llegados a este punto, el problema que se plantea es que el hecho de “compartir información” puede llegar a convertirse en una práctica *antitrust*²⁵. En 2021, la Comisión multó a los fabricantes de automóviles con más de ochocientos setenta y cinco millones de euros por una práctica de “colusión”²⁶ en el desarrollo técnico de las emisiones²⁷: al intercambiar información y llegar a un acuerdo sobre asuntos tales como los tamaños de los tanques de *AdBlue*, por lo que se determinó que éstas habían evitado competir en el uso de una tecnología mejor y más limpia. Para evitar que esta problemática se reprodujera, las empresas que operan en el Metaverso tendrían que demostrar que los consumidores finales se benefician de la interoperabilidad y que no están intercambiando más información de la estrictamente necesaria para crear los estándares técnicos necesarios o usándola como un medio para impedir la competencia. Algunas de estas empresas también podrían mostrarse contrarias a esta iniciativa de “estandarización”, optando por tratar de “retener” a los usuarios en su propio sistema, con el objetivo de convertirlo en la opción preferida de tantos usuarios como sea posible.

²⁴ R. WEBER, ROLF & D. STAIGER. *Transatlantic Data Protection in Practice*. Berlín, Springer, 2017.

²⁵ E. ROUSSEVA. *EU antitrust procedure*. Oxford, Oxford University Press, 2020.

²⁶ Proveniente del latín (*collusio*, -ōnis) se entiende por “colusión” al pacto o trato ilícito consistente en dañar a un tercero que actúa de buena fe.

²⁷ La Comisión Europea descubrió que Daimler, BMW y el Grupo Volkswagen (Volkswagen, Audi y Porsche) infringieron la normativa antimonopolio de la Unión Europea al confabularse en el desarrollo técnico en el área de limpieza de óxido y nitrógeno. Por este motivo, la Comisión les impuso una multa de 875.189.000 euros. Daimler no fue multado, ya que fue el que reveló la existencia del cártel a la Comisión. Todas las partes reconocieron su participación en el mismo y acordaron resolver el caso. Para un estudio más detallado sobre la base jurídica que motiva la sanción, así como de su desglose por empresa véase: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_21_3581/IP_21_3581_EN.pdf

21. Los derechos de propiedad intelectual también serán relevantes a la hora de crear o desarrollar estándares en relación con las plataformas que operen en el Metaverso²⁸. Si retomamos el símil del mercado de la telefonía móvil, podemos observar cómo miles de patentes son esenciales para poder desarrollar con éxito los estándares 4G y 5G, cualquiera de las cuales podría usarse potencialmente para obtener una orden judicial que bloquee las ventas de un teléfono que cumpla con estos estándares. Como resultado, los titulares de patentes deben otorgar licencias de tales “patentes esenciales estándar” en términos “justos, razonables y no discriminatorios”, para garantizar que ninguna de estas empresas pueda aprovecharse del proceso de estandarización. Del mismo modo, es posible que las empresas que operan en el Metaverso y participan en la creación de estándares deban adoptar un sistema similar.

22. En los últimos meses (2022), en el marco de la Unión Europea, se ha impulsado todo un paquete de medidas destinadas a regular el Mercado Único Digital²⁹, que constituye una regulación proactiva en lugar de una aplicación reactiva de la competencia, planteando si, en esta ocasión: ¿el legislador llega demasiado tarde para que estas medidas sean realmente efectivas? Para poder dar respuesta a esta incógnita, en los próximos apartados, analizaremos cómo se planifica la implementación del Reglamento de Mercados Digitales, que impone toda una serie de requisitos regulatorios adicionales a las grandes plataformas, en tanto que “guardianas de acceso” en línea. Y es que, la escala media probable que podría alcanzar cualquier metaverso relativamente exitoso significaría que fácilmente podría tener el potencial suficiente como para poder afectar la competencia, lo que llamaría la atención indudablemente de las autoridades competentes en la materia.

III. El nuevo Reglamento sobre Mercados Digitales: ¿un instrumento capaz de garantizar mercados digitales justos y abiertos?

23. El Reglamento sobre Mercados Digitales establece todo un conjunto de criterios objetivos estrictamente definidos para calificar una gran plataforma en línea como un “guardiana de acceso”, lo que permite, en teoría, que esta normativa se centre o se enfoque en los problemas sistémicos que podrían ocasionar los denominados gigantes tecnológicos. En principio, estos criterios se cumplirían si una empresa: en primer lugar, tiene una posición económica sólida, lo que le permitiría ocasionar un impacto significativo en el mercado interior, así como operar en distintos países de la Unión Europea; en segundo lugar, si tiene una fuerte posición de intermediación, lo que significaría que tiene capacidad para vincular una gran base de datos de usuarios a una gran cantidad de empresas; y, en tercer lugar, si tiene (o se prevé que tenga) una posición sólida y duradera en el mercado, lo que significaría que es estable en el tiempo si la empresa cumplió con los dos criterios anteriores en cada uno de los últimos tres ejercicios financieros.

24. Este Reglamento tiene como objetivo que los usuarios empresariales, que dependen de las grandes plataformas (inicialmente concebidas como intermediarias) para ofrecer sus servicios, tengan un entorno empresarial más justo. Para ello, se trata de incentivar que las personas emprendedoras, así como aquellas empresas consideradas como innovadoras, tengan un mayor número de oportunidades para competir en estos entornos en línea, controlando que las plataformas intermediarias no puedan imponer

²⁸ Se está desarrollando una cantidad considerable de *gadgets* o utensilios relacionados con el mundo de la tecnología de la información y comunicación, cuya aplicación está enfocada para su uso en el Metaverso, a menudo por parte de *startups* (empresas de reciente creación). Apriorísticamente, parece probable que los gigantes tecnológicos que operan en el Metaverso busquen adquirir nuevas empresas que tengan líneas de desarrollo prometedoras (*inter alia*, v. gr. aquellas relacionadas con una tecnología de avatar más sofisticada o un mejor seguimiento del movimiento). Aunque estas tecnologías podrían beneficiar la competencia al llevar a que una nueva tecnología se implemente ampliamente, el adquirente también podría dejar de lado la tecnología para sofocar la competencia, cuya amenaza se conoce como “adquisición asesina” (*killer acquisitions*).

²⁹ A. 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.

términos y/o condiciones abusivas que puedan limitar su ritmo de desarrollo o crecimiento³⁰. Como consecuencia, se prevé que los consumidores tendrán más y mejores servicios entre los que poder elegir, más oportunidades para poder cambiar de proveedor si así lo desean y acceso directo a los servicios, así como precios más justos. En estos entornos controlados, las plataformas intermediarias, concebidas como “guardianas de acceso” (*gatekeepers*) serán las encargadas de mantener todas las oportunidades para innovar y ofrecer nuevos servicios. Con todo ello, se pretende erradicar las prácticas desleales hacia los usuarios comerciales y clientes que dependen de éstos para obtener una posible ventaja indebida.

25. La nueva normativa pretende establecer obligaciones tanto positivas (de hacer) como negativas (de no hacer o de abstenerse) para los guardianes que deberán cumplirse en el marco del desarrollo de su labor o actividad diaria y/o cotidiana. Entre las obligaciones positivas, destacan: en primer lugar, permitir que terceros interoperen con los propios servicios del guardián en ciertas situaciones específicas; en segundo lugar, permitir que los usuarios comerciales accedan a los datos que generan en su uso de la plataforma del guardián; en tercer lugar, proporcionar a las empresas que anuncian en su plataforma las herramientas y la información necesarias para que los anunciantes y editores realicen su propia verificación independiente de sus anuncios alojados por el guardián; y, en cuarto y último lugar, permitir que sus usuarios comerciales promocionen su oferta y celebren contratos con sus clientes fuera de la plataforma del guardián³¹. Asimismo, entre las obligaciones negativas, podemos señalar: en primer lugar, tratar los servicios y productos ofrecidos por el propio controlador de forma más favorable en la clasificación que los servicios o productos similares ofrecidos por terceros en la plataforma del controlador de acceso; en segundo lugar, evitar que los consumidores se vinculen a los negocios fuera de sus plataformas; en tercer lugar, evitar que los usuarios desinstalen cualquier *software* o aplicación preinstalada si así lo desean y, en cuarto y último lugar, rastrear a los usuarios finales fuera del servicio de la plataforma central de los guardianes con fines de publicidad dirigida, sin que se haya otorgado un consentimiento efectivo.

26. Para garantizar que las obligaciones derivadas de esta nueva normativa se cumplan al ritmo acelerado de crecimiento y desarrollo de los mercados digitales, la Comisión podrá llevar a cabo investigaciones de mercado. De este modo, la Comisión podrá calificar a las empresas como “guardianas”, actualizar dinámicamente las obligaciones de éstas cuando sea necesario e imponer sanciones para hacer frente a las infracciones sistemáticas de las obligaciones contenidas en el nuevo Reglamento sobre Mercados Digitales. Estas multas podrán ascender hasta alcanzar un máximo equivalente al 10% de la facturación anual total mundial de la empresa, o incluso hasta el 20% en aquellos casos que se consideren como reincidentes. Además, en determinados casos, se podrán imponer sanciones adicionales de hasta el 5% de la facturación media diaria. Y, en última instancia, en caso de infracciones sistemáticas de las obligaciones derivadas del Reglamento de Mercados Digitales, la Comisión podrá llegar a imponer sanciones de naturaleza no económica, siempre de forma proporcional a la infracción cometida, que pueden incluir toda una serie de soluciones conductuales y/o estructurales tales como, por ejemplo, la venta de (parte de) la propia empresa o negocio.

27. Se prevé que el Reglamento de Mercados Digitales sea aplicable a partir del próximo día 2 del mes de mayo de 2023. De modo que, en un plazo de apenas dos meses, las empresas que presten sus servicios en tanto que plataformas centrales deberán notificárselo a la Comisión y proporcionar toda la información que sea relevante para la ocasión³². Entonces, la Comisión dispondrá de otros dos meses para adoptar una decisión por la que se designe un guardián específico. Estos guardianes designados dispondrán de un plazo máximo de seis meses, tras la comunicación de la decisión por parte de la Comisión, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones previstas en la nueva normativa. En todo este

³⁰ L. CHIUSSI 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.

³¹ M. CAMPO COMBA. *The Law Applicable to Cross-Border Contracts Involving Weaker Parties in Eu Private International Law*. Cham, Switzerland, Springer, 2021.

³² 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.

iter, se prevé que la Comisión organice toda una serie de talleres de formación de carácter técnico con las partes interesadas para poder contar con su opinión o sus puntos de vista sobre el cumplimiento de sus nuevas obligaciones en tanto que guardianes designados. A continuación, veremos con mayor detalle cómo se prevé que se ejecute todo este proceso de implementación.

1. La actividad de los gigantes tecnológicos: de meras plataformas de prestación de servicios a guardianas de acceso al Metaverso

28. El legislador comunitario trata de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior digital estableciendo toda una serie de normas armonizadas que garanticen a todas las empresas que operan, en todos los Estados miembros de la Unión Europea, un mínimo de equidad y disputabilidad de los mercados en este sector digital. Para ello, aquellas plataformas intermediarias de prestación de servicio de mayor tamaño se (re)definen con una nueva categoría, que les concede un estatus jurídico diferenciado: el de “guardianas de acceso” a Internet. En principio, con esta medida se pretende beneficiar tanto a los usuarios profesionales -que utilizan estas plataformas para ofrecer sus bienes y/o servicios- como a los usuarios finales -en tanto que consumidores-.

29. Se prevé que esta normativa sea de aplicación para todos aquellos servicios básicos concebidos tradicionalmente como “plataformas” que se presten o se ofrezcan a usuarios profesionales establecidos en uno de los Estados miembros que conforman la Unión Europea o a aquellos usuarios finales establecidos o situados en éstos, al margen del lugar preciso o exacto en el que pudieran estar establecidos o residiendo los guardianes de acceso y el Derecho que, en atención a la prestación específica de su servicio o actividad pudiera serles de aplicación adicional o complementaria. Asimismo, se excluye de ámbito de su aplicación varios supuestos relacionados con “redes de comunicaciones electrónicas”, en el sentido del artículo 2 de la Directiva (UE) 2018/1972³³.

30. Con el fin de evitar una posible fragmentación de la regulación del mercado interior, se establece una prohibición destinada a los distintos Estados miembros, que no podrán establecer obligaciones adicionales de acceso a los guardianes a través de su normativa interna con el fin de garantizar que los mercados sean equitativos y que puedan ser objeto de disputa entre los distintos actores que interactúan en el mismo. No obstante, ninguna de las disposiciones del Reglamento de Mercados Digitales prohíbe a los Estados Partes de la Unión europea imponer a estas empresas obligaciones allén del objeto de su objeto de estudio, siempre y cuando éstas fuesen compatibles con el Derecho comunitario y no sean resultado de la consideración de éstas como guardianas de Internet.

³³ Específicamente, se hace referencia expresa a los siguientes apartados: Artículo 2. (...) 1) “red de comunicaciones electrónicas”: los sistemas de transmisión, se basen o no en una infraestructura permanente o en una capacidad de administración centralizada y, cuando proceda, los equipos de conmutación o encaminamiento y demás recursos, incluidos los elementos de red que no son activos, que permitan el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos con inclusión de las redes de satélites, redes fijas (de conmutación de circuitos y de paquetes, incluido internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada; (...) 4) “servicio de comunicaciones electrónicas”: el prestado por lo general a cambio de una remuneración a través de redes de comunicación electrónicas, que incluye, con la excepción de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o ejerzan control editorial sobre ellos, los siguientes tipos de servicios: a) el “servicio de acceso a internet”, entendido según la definición de punto 2) del párrafo segundo del artículo 2 del Reglamento (UE) 2015/2120; b) el “servicio de comunicaciones interpersonales”, y c) servicios consistentes, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales, como son los servicios de transmisión utilizados por la prestación de servicios máquina a máquina y para la radiodifusión. 5) “servicios de comunicaciones interpersonales”: el prestado por lo general a cambio de una remuneración que permite un intercambio de información directo, interpersonal e interactivo a través de redes de comunicaciones que permite un intercambio de información directo, interpersonal e interactivo a través de redes de comunicaciones electrónicas entre un número finito de personas, en el que el iniciador de la comunicación o participante en ella determina el receptor o receptores y no incluye servicios que permiten la comunicación interpersonal e interactiva como una mera posibilidad secundaria que va intrínsecamente unida a otro servicio (...).”

31. Partimos de la premisa de que el Reglamento de Mercados Digitales, en tanto que norma de Derecho derivado de la Unión, debe considerarse como perfectamente compatible con las disposiciones previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁴. Asimismo, tampoco se aprecia una posible incompatibilidad con (1) la normativa nacional en materia de competencia que contemple una prohibición del establecimiento de pactos contrarios a la práctica de la competencia, decisiones de asociaciones de empresas, prácticas concertadas y abusos de posición dominante; así como con (2) la normativa interna que pueda prohibir otras formas de conducta unilateral, siempre y cuando ésta vaya destinada a empresas que no se consideren como guardianas de acceso y, (3) en especial, con el Reglamento (CE) n.º. 139/2004 del Consejo³⁵, así como aquella normativa interna de los Estados miembros en materia de control de concentraciones. Además, las autoridades competentes en los distintos Estados miembros tienen la obligación de abstenerse de actuar *contrario sensu* a las decisiones adoptadas por la Comisión en esta materia o campo de actuación.

32. En cuanto a la nueva condición de “guardiana de acceso”, ésta se asignará cuando la empresa en cuestión tenga una gran influencia en el mercado interior³⁶; preste un servicio básico a modo de plataforma que pueda entenderse como una puerta de acceso importante tanto para poner en contacto a usuarios profesionales con usuarios finales y ostente una posición consolidada y estable, en lo que se refiere a sus operaciones³⁷; o en aquellos casos en los que sea previsible que se pueda alcanzar dicha condición en un futuro a corto plazo³⁸. Cuando se den estas circunstancias, la Comisión notificará, en un plazo de dos meses, su designación como “guardiana de acceso”. Asimismo, cada vez que un nuevo servicio básico de plataforma prestado por una empresa designada como guardiana alcance estos umbrales se le notificará de nuevo. Contra esta notificación, la empresa afectada podrá presentar argumentos suficientemente fundamentados que pongan en entredicho de forma manifiesta el nombramiento de la Comisión. Asimismo, ante estas alegaciones, la Comisión podrá determinar si se replantea el nombramiento o si, por el contrario, confirma o reafirma su decisión.

33. Ya sea como resultado de una iniciativa *motu proprio* o a petición de interesado(s), la Comisión tiene la facultad de poder (re)considerar, modificar o derogar, en cualquier momento, una decisión que haya adoptado en atención a un cambio sustancial en los hechos que fundamentaron su decisión y/o al considerar que ésta se basó en información de carácter incompleto, incorrecto o engañoso. Este tipo de revisiones se llevarán a cabo de forma periódica (al menos cada tres años). Asimismo, con carácter anual, la Comisión también se encargará de comprobar si las nuevas empresas prestadoras de este tipo de servicios cumplen con los requisitos necesarios para ser consideradas como “guardianas de acceso” (o no). Se entiende que estas decisiones se publicarán y actualizarán, de forma periódica, teniendo esta información carácter de dominio público.

2. El guardián de acceso: conductas, prácticas y dinámicas (des)leales

34. Una vez que la plataforma proveedora de intermediación de bienes y/o servicios es nombrada o designada como “guardiana de acceso”, en cumplimiento de las obligaciones inherentes a su

³⁴ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Artículos 101 y 102. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:ES:PDF>

³⁵ Reglamento (CE) n.º. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (también conocido como “Reglamento comunitario de concentraciones”).

³⁶ Un volumen de negocios anual igual o superior a 7.500.000.000 € en cada uno de los tres últimos ejercicios o cuando su capitalización bursátil medio o su valor justo de mercado equivalente ascienda a 75.000.000.000 € en el último ejercicio y preste el mismo servicio básico de plataforma en como mínimo tres Estados miembros de la Unión Europea.

³⁷ Proporciona un servicio básico de plataforma que, en el último ejercicio, ha tenido al menos cuarenta y cinco millones mensuales de usuarios finales activos establecidos o situados en la Unión Europea y al menos 10.000 usuarios profesionales activos anuales establecidos en la Unión Europea, identificados y calculados de conformidad con la metodología y los indicadores establecidos en el ANEXO final que figura en el Reglamento de Mercados Digitales.

³⁸ Cuando se hayan alcanzado los umbrales anteriormente descritos en apartados anteriores en cada uno de los últimos tres ejercicios.

nueva condición, ésta deberá abstenerse de realizar toda una serie de conductas que quedan prohibidas: en primer lugar, no podrá tratar los datos personales de sus usuarios finales para prestar servicios de publicidad *on line*; en segundo lugar, igualmente, no podrá combinar datos personales que almacene como resultado de su propia actividad con aquellas procedentes de otros de sus servicios o procedentes de terceros; y en tercer lugar, tampoco podrá iniciar sesión en nombre de un usuario final en otros servicios para obtener o combinar sus datos personales. Todas estas prohibiciones presentan una excepción común: un consentimiento informado del usuario final en los términos del artículo 4, punto 11 del Reglamento (UE) 2016/679³⁹. Dicha solicitud de consentimiento sólo podrá requerirse, como máximo, una vez en el plazo de un año.

35. El guardián de acceso no puede obstaculizar la oferta, por parte de los usuarios comerciales, de productos o servicios a través de otros canales distintos o alternativos a sus propias plataformas, destinados a los clientes fidelizados a través de éstas. De modo que el “guardián” tendrá que permitir la comunicación y publicidad entre sus usuarios comerciales y los usuarios finales; permitiendo, en especial, el acceso a contenidos, suscripciones, prestaciones u otros elementos de carácter similar o análogo. Del mismo modo, los guardianes tampoco podrán utilizar ningún dato que no sea públicamente accesible, entre éstos, por ejemplo, destacamos: los clics, búsquedas, visualizaciones y voz. En caso de incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones, los usuarios (comerciales y/o finales) podrán interponer un recurso o iniciar acciones legales ante los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.

36. En relación con los usuarios comerciales, también se establece una obligación de suministro de información, a petición del anunciante, de forma diaria y gratuita por cada anuncio en relación con toda una serie de *ítems*: en primer lugar, en lo relativo al precio y las comisiones pagadas por ese anunciante, incluyendo todas las posibles deducciones y recargos, por cada uno de los servicios prestados; en segundo lugar, sobre la remuneración recibida -incluyendo deducciones recargos-; y, en tercer y último lugar, sobre cómo se calculan o determinan cada uno de los precios, comisiones y remuneraciones.

37. Y, en lo que se refiere a la relación o enumeración de conductas prohibidas por parte de los guardianes de acceso con respecto a sus usuarios finales, la lista es muy extensa y sumamente detallada. De entrada, el guardián de acceso no puede exigir a los usuarios finales que utilicen un servicio de identificación determinado, un motor de navegador web específico o un servicio de pago o servicios técnicos propios. Asimismo, el guardián de acceso deberá facilitar técnicamente la instalación y el uso efectivo de aplicaciones informáticas o tiendas de aplicaciones de terceros que utilicen su mismo sistema operativo o interoperen con éste. En este sentido, se plantea como una obligación el deber del guardián de facilitar la interoperabilidad de forma efectiva y gratuita por parte de los usuarios finales con las mismas funciones de *hardware* y el *software* accesibles o controlables a través de su sistema operativo y/o su asistente virtual.

38. Más allá de las obligaciones básicas o positivas de hacer, también se establece, de forma específica, toda una serie de obligaciones entorno al deber de informar⁴⁰. Entre éstas, el guardián será el encargado de proporcionar a los anunciantes y editores la siguiente información: el acceso a los instrumentos de medición del rendimiento y a los datos necesarios para que tanto los anunciantes como los editores puedan realizar su propia verificación independiente de dicha información. A los usuarios profesionales y terceros autorizados, facilitará, de forma gratuita, el acceso efectivo, de calidad, continuo y en tiempo real a los datos (incluidos los datos personales) que se generen en la plataforma. Además, deberá facilitar a terceras empresas toda la información necesaria para facilitar una portabilidad efecti-

³⁹ En este sentido, debemos entender como “consentimiento del interesado” aquella manifestación de voluntad que se obtiene de forma libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.

⁴⁰ C.A. CHINCHILLA IMBETT. “El deber de información contractual y sus límites”, *Revista de Derecho Privado*, Vol. 21, N°. 11, pp. 327-350.

va. A tal efecto, la Comisión será la encargada de valorar si las “condiciones generales de acceso” de la plataforma cumplen con todas estas exigencias.

39. El buen funcionamiento de este mercado requiere, necesariamente, de una garantía de interoperabilidad mínima. Para que ello sea posible, los guardianes se presentan como aquellos encargados de garantizar dicha funcionalidad a los usuarios finales, al menos, en lo que se refiere a los siguientes elementos: el intercambio de mensajes de texto de extremo a extremo entre dos usuarios finales, así como el intercambio de imágenes, sonido, vídeo y otros archivos entre éstos. En el plazo de dos años desde su designación o nombramiento, también deberán garantizar el mismo servicio entre grupos y un usuario final. Y, por último, transcurridos cuatro años, éstos deberán garantizar la interoperabilidad de llamadas y videollamadas de extremo a extremo entre un chat en grupo y un usuario final individual. En todos estos servicios, el guardián ofrecerá un cierto nivel de seguridad, que incluye el cifrado de extremo a extremo y deberá publicar una oferta de referencia en la que se establecerán los detalles técnicos y los principios y condiciones generales de interoperabilidad. Tras publicar dicha oferta, cualquier proveedor de servicios de comunicaciones interpersonales independientes podrá exigir el cumplimiento de esta función de interoperabilidad⁴¹.

40. Todos los guardianes, transcurridos seis meses desde su nombramiento, deberán elaborar un informe dirigido a la Comisión -que publicará un resumen no confidencial en su página web- en el que se describa de manera detallada y transparente las medidas adoptadas. De modo que en caso de que el guardián incumpla una de las obligaciones citadas o enumeradas *ad supra*, la Comisión estará facultada para adoptar (de oficio) un acto de ejecución en el que se detallen todas las medidas específicas que el guardián debe cumplir. Asimismo, este procedimiento también puede iniciarse previa solicitud o escrito motivado por parte del propio guardián de acceso para que sea la Comisión la que valore si las medidas que pretende implementar son correctas y suficientes. En este caso, una vez recibido el escrito, la Comisión contará con tres meses de plazo para comunicar su resolución al interesado y publicará un resumen no confidencial del asunto para que terceros interesados puedan nombrarse al respecto. Este procedimiento siempre podrá (re)abrirse si se cumple una de las siguientes condiciones: (1) se produce un cambio significativo en las condiciones que motivaron el fallo, (2) la decisión se basó en información incompleta, incorrecta o engañosa y/o (3) las medidas recomendadas no han resultado ser eficaces.

41. En el caso extremo en el que se demuestre que el cumplimiento de esta(s) medida(s) pueda poner en peligro la viabilidad económica de la actividad del guardián y/o en caso de resultar una amenaza para la salud y/o seguridad pública, la Comisión podrá decidir suspender total o parcialmente dicha(s) obligación(es). Además, estas decisiones se revisarán con carácter periódico, en principio, anualmente, teniendo en cuenta la repercusión de su cumplimiento.

42. La Comisión puede revisar y actualizar las obligaciones de los guardianes de acceso a través de un acto delegado, en caso de que su actividad pueda considerarse como desleal o limite la disputabilidad de servicios considerados como básicos. En principio, esta actividad se limita a ampliar las obligaciones de los guardianes en la medida en que éstas beneficien a otros usuarios profesionales o usuarios finales, especificando el contenido de las mismas para garantizar su cumplimiento efectivo y/o introduciendo nuevas condiciones con respecto al comportamiento del guardián afectado(s). Como requisito *sine qua non*, todas estas medidas deberán basarse en una investigación de mercado que concluya que se pone en peligro la disputabilidad de los servicios básicos o que la califique como desleal, es decir, que se trata de una práctica(s) que obstaculiza(n) la innovación y limita(n) las posibilidades de elección de los

⁴¹ El guardián sólo estará obligado a recopilar e intercambiar aquellos datos personales de los usuarios finales que sean estrictamente necesarios para proporcionar una interoperabilidad efectiva. Asimismo, podrá adoptar aquellas medidas necesarias para garantizar que el resto de proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales que solicitan la interoperabilidad no pongan en peligro la integración, seguridad y confidencialidad de sus servicios, siempre que estas medidas puedan considerarse como estrictamente necesarias y proporcionadas, y estén debidamente justificadas.

usuarios debido a que afecta(n) o amenaza(n) a la creación o consolidación de obstáculos a la entrada de otras empresa o su desarrollo y/o impide que otros operadores tengan el mismo acceso a un elemento clave; ocasionando un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los usuarios profesionales, generando, como resultado, una ventaja desproporcionada en comparación con el servicio que se presta.

43. En lo relativo a la adopción de medidas antielusión, se establece que la empresa que preste servicios básicos como plataforma no podrá segmentar, dividir, subdividir, fragmentar o separar sus servicios a través de medios contractuales, comerciales, técnicos o de otro tipo con el fin de eludir los umbrales que resultarían en su calificación como guardián. Asimismo, se contempla que las plataformas no podrán degradar sus condiciones de calidad con dicho objetivo. Para garantizar que ello sea así, la Comisión podrá solicitar o requerir a la empresa(s) afectada(s) toda la información que considere oportuna y necesaria.

44. En caso de fusión o concentración de empresas⁴², las entidades fusionadas o la empresa resultante deberá informar a la Comisión de dicha concentración antes de su ejecución y tras celebrar el acuerdo, el anuncio de licitación pública o la adquisición de la participación mayoritaria. En este caso, la información facilitada deberá contener, al menos: (1) volumen de negocio anual en los Estados miembros de la Unión Europea y en todo el mundo, (2) su ámbito de actividad -incluidas las actividades relacionadas con la concentración y el valor de transacción del contrato o estimación-, (3) resumen sobre la concentración en el que se incluya su naturaleza y justificación, así como una lista de los Estados miembros de la Unión Europea afectados por la misma.

45. Por añadidura, conviene señalar que los guardianes, en el plazo de seis meses transcurridos desde su nombramiento, deberán presentar una descripción auditada independiente sobre las técnicas que utilizan para elaborar los perfiles de sus consumidores, publicando de forma pública un resumen del mismo. De modo que, tras pasar un trámite de auditoría ante la Comisión, ésta lo transmitirá al Comité Europeo de Protección de Datos.

3. La apertura de investigaciones de mercado

46. La Comisión puede ejercer sus competencias de investigación antes de abrir una investigación de mercado, así como puede adoptar una decisión de apertura de la misma. En dicha decisión, especificará: (1) la fecha de apertura, (2) la descripción del objeto de la investigación o problemática en cuestión; y (3) la finalidad de ésta. Asimismo, la Comisión podrá reabrir la cuando considere que ha habido un cambio significativo en los hechos que motivaron su decisión y/o si la información era incompleta, incorrecta o engañosa. Además, la Comisión podrá solicitar la cooperación de las autoridades competentes para que le ayuden a realizar dicha investigación⁴³.

47. Estas investigaciones pueden iniciarse también con el fin de esclarecer si se debe nombrar o designar (o no) a una empresa como guardián de acceso. En estos casos, la Comisión adoptará una decisión mediante un acto de ejecución, procurando comunicar sus conclusiones preliminares a la empresa prestadora de servicios de plataforma en cuestión en un plazo de seis meses. Cuando la empresa presente argumentos suficientemente fundamentados, que pongan en entredicho la investigación de la Comisión, ésta podrá presentar sus conclusiones en un plazo de cinco meses. Asimismo, cuando la Comisión haya designado como guardianes a una empresa cuya posición no esté suficientemente afianzada de forma duradera en sus operaciones, aunque se pueda presumir que pueda estarlo en un futuro próximo, podrá designar qué obligaciones específicas son las adecuadas y necesarias para este caso concreto.

⁴² C. JONES & L. WEINERT. *EU Competition Law*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2022.

⁴³ H. JARMAN. "Collaboration and consultation: functional representation in EU stakeholder dialogues". *Journal of European Integration*, Vol. 33, Nº. 4, pp. 385-399.

48. Ante un incumplimiento sistemático de cualesquiera de las obligaciones señaladas *ad supra*⁴⁴, la Comisión examinará, en un plazo de doce meses, mediante un acto de ejecución la decisión de conclusión de la investigación de mercado. En ésta declarará si se ha mantenido, reforzado o ampliado su posición en tanto que guardián en relación con los requisitos exigidos al efecto, adoptando mediante un acto de ejecución las medidas correctoras del comportamiento o estructurales, de forma proporcionada y necesaria para garantizar la equidad y la disputabilidad del mercado. Esta medida(s) podrá(n) incluir la prohibición, durante un tiempo determinado, de que esta empresa forme parte de una concentración u operación de fusión. En este procedimiento, la Comisión presenta sus conclusiones preliminares en un plazo de seis meses desde su apertura, señalando qué medida(s) correctora(s) considera necesaria(s) y proporcionada(s). En este contexto, los terceros interesados podrán formular observaciones, que serán tenidas en cuenta de cara a la publicación de un resumen no confidencial del asunto, así como de sus medidas correctoras. Asimismo, la Comisión también podrá prorrogar la duración de la investigación por razones objetivas y de forma proporcionada. Las medidas correctoras adoptadas como resultado de estas investigaciones se revisarán periódicamente.

49. En todo momento, la Comisión podrá ampliar el listado existente de obligaciones exigibles a los guardianes de acceso, consultando a terceros (tanto a usuarios profesionales como a usuarios finales) si así lo considera necesario. De modo que, tras dichas consultas, publicará sus conclusiones, en un plazo de dieciocho meses, remitiendo al Parlamento Europeo y al Consejo: (1) una propuesta legislativa de modificación y (2) un proyecto de acto delegado que complete el Reglamento de Mercados Digitales.

4. Investigación, ejecución y supervisión

50. La Comisión, en el cumplimiento de las competencias que le son expresamente atribuidas por el Reglamento de Mercados Digitales, podrá incoar un procedimiento e iniciar investigaciones cuando así lo considere oportuno⁴⁵. A tal efecto, podrá, por medio de una simple solicitud o a través de una decisión, exigir a las empresas y asociaciones de empresas que faciliten toda la información que considere necesaria -incluyéndose el acceso a cualesquiera datos o algoritmos de las empresas en cuestión, así como todas las explicaciones que considere oportunas respecto al funcionamiento de éstos-. En la solicitud, la Comisión incluirá la base jurídica y la finalidad de la misma, así como la información que requiere y establecerá un plazo máximo para dicho trámite. Una vez recibida, los abogados habilitados o acreditados por la(s) empresa(s) afectada(s) podrán facilitar toda la información en nombre de sus representantes. Éstos serán los responsables últimos en caso de que la información facilitada sea incompleta, incorrecta o engañosa. Además, las autoridades nacionales de los Estados miembros colaborarán con la Comisión, facilitándole toda la información que se le(s) requiera o que considere(n) oportuno aportar.

51. En todo este *iter*, la Comisión podrá entrevistar a toda persona física o representante de persona jurídica que considere o estime conveniente, a efectos de recopilar información en relación con el objeto de la investigación. Asimismo, los representantes (funcionarios y demás personas que acompañen a la Comisión) podrán realizar tareas propias de una inspección tales como: (1) el acceso a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas afectadas; (2) el examen de libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial, al margen de en qué formato estén almacenados; (3) la fabricación o el uso de copias o extractos, en cualquier formato, de libros o documentos; (4) la exigencia a la empresa de que facilite acceso e información relativa a su organización, funcionamiento, sistema informático, algoritmos, gestión de datos y prácticas empresariales, así como a grabaciones o a la po-

⁴⁴ Se considera que un guardián ha incurrido en un incumplimiento sistemático de sus obligaciones cuando haya adoptado al menos tres decisiones de incumplimiento en relación con cualquiera de sus servicios en los últimos ocho años a contar desde la adopción de la apertura de una investigación de mercado.

⁴⁵ A. DE FRANCESCHI. *European Contract Law and the Digital Single Market: the implications of the digital revolution*. Cambridge, Intersentia, 2016.

sibilidad de poder registrar la información obtenida independientemente de su soporte; (5) el precinto de todos los locales y libros o documentos de cuentas durante todo el tiempo o periodo de inspección y siempre que sea necesario; y (6) la solicitud a cualquier representante o trabajador de la empresa de explicaciones relativas a hechos o documentos relacionados con el objeto y finalidad de la inspección, pudiendo registrar dicha información en cualquier soporte o medio técnico. En el curso de estas labores de inspección, la Comisión podrá contar con la ayuda y/o asesoramiento de auditores o expertos nombrados para la ocasión.

52. A su llegada, los funcionarios deberán presentar una autorización escrita que indique el objeto y la finalidad de la inspección. A continuación, las empresas tendrán la obligación de someterse a la misma. Asimismo, los funcionarios de la autoridad nacional competente en la materia podrán ayudar activamente a la Comisión. En aquellos casos en los que la empresa inspeccionada se oponga, el Estado miembro interesado podrá prestar la asistencia necesaria, requiriendo la acción de la policía (si fuera necesario) o de un cuerpo de seguridad equivalente, con el fin de asegurar que la inspección se lleve a cabo de una forma efectiva. Si, conforme a su normativa interna, se requiere una orden judicial, se procederá a su solicitud. Entonces, la autoridad judicial nacional comprobará la autenticidad de la decisión de la Comisión y revisará que las medidas coercitivas previstas no sean arbitrarias ni desproporcionadas en relación con el objeto de la inspección. No obstante, la autoridad judicial no podrá exigir que se le presente la información que consta en el expediente de la Comisión. Esta información sólo estará sujeta a revisión por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁶.

53. Si la Comisión aprecia un riesgo de que se produzcan daños graves e irreparables para los usuarios profesionales o para los usuarios finales, ésta podrá adoptar un acto de ejecución ordenando medidas cautelares contra el guardia de acceso en cuestión. Esta medida se aplicará sólo durante un tiempo determinado y sólo podrá renovarse en caso de que fuese apropiado y estrictamente necesario.

54. El guardián se compromete a garantizar el cumplimiento de todas sus obligaciones, es decir, tanto de aquéllas que ha asumido a través de su designación y posterior lectura del Reglamento de Mercados Digitales como de aquéllas otras que le han sido asignadas directamente mediante decisión o fallo de la Comisión para su caso concreto. Este procedimiento podrá reabrirse siempre que la Comisión aprecie: (1) que ha variado la situación de hecho respecto al elemento esencial que determinó la toma de su decisión; (2) en caso de incumplimiento de los compromisos asumidos; (3) la decisión se basó en información incompleta, inexacta o engañosa y/o (4) los compromisos no se han hecho efectivos. La Comisión está facultada para adoptar las medidas necesarias para controlar la aplicación y el cumplimiento efectivos de estas obligaciones, lo que incluye la imposición a los guardianes de acceso de la obligación de conservar toda aquella documentación que considere oportuna o necesaria para comprobar la aplicación y cumplimiento de dichas obligaciones y decisiones. Para ello, podrá contar con la ayuda, asesoramiento o apoyo de expertos y/o auditores externos independientes. Cualquier tercero, así como sus representantes, podrá(n) dirigirse a la autoridad competente (ya sea en el ámbito nacional del Estado miembro o a la propia Comisión) acerca de prácticas o comportamientos que considere que constituyen una violación de dichas obligaciones. Entonces, la autoridad competente se encargará de hacer un seguimiento de la información recibida con plena discrecionalidad.

55. A su vez, los guardianes de acceso designarán uno o varios “agentes de cumplimiento” entre los que se encontrará un “responsable de la función de comprobación del cumplimiento” de sus obligaciones”, dotándolo(s) de la autoridad, dimensión y recursos suficientes para ello. Estos agentes de cumplimiento se encargarán de: (1) organizar, supervisar y controlar las medidas y actividades del guardián; (2) informar y asesorar a la dirección y empleados de éste; (3) controlar el cumplimiento de sus compromisos y (4) cooperar con la Comisión y autoridad(es) nacional(es) competente(s). Una vez

⁴⁶ Para un estudio más detallado de la cuestión véase C. NAOMÉ. *Appeals before the Court of Justice of the European Union*. Oxford. Oxford University Press, 2018.

nombrado/a, el guardián transmitirá su nombre y datos de contacto a la Comisión. Asimismo, el órgano de dirección publicará y revisará periódicamente -mínimo una vez al año- las estrategias y políticas destinadas a asumir, gestionar y controlar la correcta aplicación del Reglamento de Mercados Digitales.

56. La Comisión adoptará, en un plazo de doce meses, un acto de ejecución cuando compruebe que un guardián no cumple con esta(s) condición(es): (1) las obligaciones descritas *ad supra*; (2) las medidas contempladas en una decisión; (3) las medidas correctoras que le hayan sido impuestas previamente; (4) las medidas cautelares ordenadas y (5) los compromisos jurídicamente vinculantes. Para ello, la Comisión podrá consultar a terceros y comunicará sus conclusiones preliminares antes de adoptar la decisión de incumplimiento. En dicho fallo, ordenará el cese del incumplimiento en cuestión estableciendo un plazo a tal efecto y la forma concreta en la que lo requiere.

57. En su decisión de incumplimiento, la Comisión puede imponer una serie de multas⁴⁷ sancionadoras, siempre y cuando éstas no excedan de un total del 10% respecto al volumen de negocios -a nivel mundial- en el ejercicio precedente en caso de constatarse el incumplimiento, de forma intencionada o por negligencia de: (1) las obligaciones descritas anteriormente; (2) las medidas especificadas en una decisión de la Comisión; (3) las medidas correctoras impuestas; (4) las medidas cautelares ordenadas y (5) los compromisos jurídicamente vinculantes. No obstante, estas multas o sanciones podrán ascender al 20% del volumen de negocios total -a nivel mundial- del ejercicio precedente cuando el incumplimiento de estas obligaciones se constate de forma reiterada (en los últimos ocho años). A lo que debemos añadir la imposición de multas adicionales por un valor máximo igual al 1% de la producción total mundial en caso de incumplimiento intencional o negligente: (1) al no proporcionar información en un plazo de determinado o hacerlo de forma incorrecta, incompleta o engañosa; (2) no facilitar el acceso a bases de datos, algoritmos o información sobre las pruebas en respuesta a una solicitud o requerimiento expreso; (3) al negarse a someterse a una inspección; (4) al no cumplir con las obligaciones que le han sido impuestas; (5) al no establecer una función de comprobación del cumplimiento; o (6) al no cumplir con las condiciones de acceso al expediente de la Comisión. En vista de todo lo anterior, el importe de la multa se fijará teniendo en cuenta la gravedad, duración, reiteración y la posible demora causada en el procedimiento por parte del guardián. Si éste se declarase insolvente, la Comisión podrá pedir contribuciones a sus miembros para cubrir la multa o directamente a sus representantes en los Estados miembros de la Unión Europea. Esta exigencia de pago no podrá reclamarse en caso de que se demuestre que el destinatario(s) desconocía(n) la existencia del incumplimiento en cuestión. Además, la responsabilidad financiera de cada empresa afectada no podrá exceder del 20% del volumen total del volumen de negocios -a nivel mundial- en el ejercicio precedente.

58. Otro tipo de multas son aquellas conocidas como coercitivas. Éstas no podrán exceder el 5% del promedio diario del volumen de negocios -a nivel mundial- del ejercicio precedente del guardián. Su función es la de obligar a: (1) cumplir una serie de medidas específicas; (2) proporcionar información correcta y completa en plazo requerido por una solicitud de información; (3) garantizar el acceso a bases de datos, algoritmos e información sobre pruebas en respuesta a una solicitud; (4) someter a una inspección; (5) cumplir una decisión que ordene medidas cautelares y (6) cumplir compromisos jurídicamente vinculantes. De modo que, una vez cumplida la obligación que perseguía la multa, la Comisión podrá rebajar el importe total de la sanción.

59. Las multas (sancionadoras y coercitivas) están sujetas a un plazo de prescripción de cinco años a contar desde el día en que se comete la infracción o, en caso de infracciones reiteradas o continuadas, desde el día en que ésta cesa. Asimismo, toda medida llevada a cabo por la Comisión en relación con una investigación de mercado o iniciación de un procedimiento en la materia interrumpirá dicho plazo de prescripción. Entre estas medidas, se encuentran las solicitudes de información, las autorizacio-

⁴⁷ L. PRETE. *Infringement proceedings in EU Law*. Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, European monographs series set, Vol. 98, 2017.

nes para realizar inspecciones o la incoación de un procedimiento por parte de la Comisión. Tras cada interrupción, el plazo comienza a contarse, de nuevo, desde el principio. Este plazo podrá suspenderse mientras que la decisión de la Comisión sea objeto de un procedimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

60. Este plazo de prescripción de cinco años también se contempla para la ejecución de las sanciones de la Comisión. En este caso específico, el plazo comienza a contar desde el primer día en que la decisión es definitiva. Asimismo, este plazo puede interrumpirse: (1) por una notificación de una decisión que modifique el importe de la multa o deniegue una solicitud de modificación o (2) por cualquier acto de la Comisión destinado a la recaudación por vía ejecutiva de la multa o de la multa coercitiva. Tras cada interrupción, el plazo comienza a contar, otra vez, desde el principio. Además, este plazo quedará suspendido mientras dure el plazo concedido para efectuar el pago o mientras que el asunto se encuentre pendiente de resolución ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

61. Antes de adoptar una decisión, la Comisión dará al guardián o empresa en cuestión la oportunidad de ser oído/a⁴⁸ en relación con: (1) cualquier información relevante en relación con la elaboración de las conclusiones preliminares, así como aquella que pudiera ser pertinente en lo relativo a (2) las medidas que la Comisión proponga adoptar como resultado de éstas. En este procedimiento, los guardianes podrán presentar sus observaciones a las conclusiones preliminares, contando con un plazo que no podrá ser inferior a los catorce días. Además, en todo este *iter*, se deberá respetar los derechos de defensa del guardián, pudiendo acceder al expediente de la Comisión, sin perjuicio del interés legítimo de las empresas de proteger sus secretos comerciales. En caso de desacuerdo, la Comisión podrá establecer condiciones específicas de revelación. Este derecho de acceso no se hace extensivo al expediente interno que obre en sede de las autoridades nacionales de los Estados miembros o de la propia Comisión.

62. La Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo de Ministros un informe anual sobre la aplicación del Reglamento de Mercados Digitales, en el que se incluirá: (1) un resumen de sus actividades; (2) las conclusiones extraídas del control de cumplimiento; (3) una valoración de la descripción auditada; (4) una sinopsis de la cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales y (5) un resumen de actividades y tareas realizadas por el Grupo de Alto Nivel de Reguladores Digitales. Dicho informe se publicará en la página web de la Comisión, comprometiéndose siempre a no revelar la información que haya(n) recopilado o intercambiado que, por su naturaleza, esté amparada por el secreto profesional.

63. La Comisión trabaja en estrecha cooperación con las autoridades competentes en los distintos Estados miembros de la Unión Europea para garantizar una ejecución de sus medidas de forma coherente, eficaz y complementaria respecto al Derecho de la Unión. Así las cosas, en materia de competencia, esta cooperación se lleva a cabo, en parte, gracias a la Red Europea de Competencia (REC)⁴⁹. A través de ésta, se comunica cualquier información relativa a cuestiones de hecho y derecho, incluyéndose información confidencial. Cuando la autoridad nacional pretenda iniciar una investigación sobre los guardianes basándose en su normativa interna, deberá informar por escrito a la Comisión sobre ello. Asimismo, cuando tenga la intención de imponer obligaciones, deberá informar a la Comisión, en un plazo no superior a treinta días antes de su adopción, del proyecto de medidas, indicando su motivación. En estos casos, la Comisión podrá pedir a las autoridades nacionales que apoyen cualquiera de sus investigaciones de mercado. La incoación de un procedimiento por parte de la Comisión privará a las autoridades nacionales competentes de la potestad de llevar a cabo una investigación por su cuenta.

64. Observamos todo un sistema de intercambio de información entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales. Así las cosas, éstos podrán pedir a la Comisión que les remita información

⁴⁸ B. ELSBETH. “The interaction between EU Competition Law procedures and fundamental rights protection: the case of the right to be heard”. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 7, N° 10, pp. 9-34.

⁴⁹ W. SAUTER. *Coherence in EU Competition Law*. Oxford, Oxford University Press, 2022.

acerca de cuestiones relativas al cumplimiento o aplicación del Reglamento de Mercados Digitales. Por su parte, los Estados miembros remitirán copia a la Comisión de toda sentencia dictada por uno de sus órganos jurisdiccionales en la materia. Además, la Comisión podrá transmitir observaciones de oficio a los órganos jurisdiccionales nacionales y/o solicitar que le transmita toda la información necesaria para valorar un asunto determinado. No se trata de una relación de solicitud de información entre iguales, ya que se establece que los órganos jurisdiccionales nacionales no podrán emitir resoluciones contrarias a las decisiones adoptadas por la Comisión.

65. Está previsto que la Comisión habilite un “Grupo de Alto Nivel sobre el Reglamento de Mercados Digitales” compuesto por las siguientes redes y organismos europeos: (1) el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas; (2) el Supervisor Europeo de Protección de datos y el Comité Europeo de Protección de Datos; (3) la Red Europea de la Competencia; (4) la Red de Cooperación en materia de Protección de los Consumidores y (5) el Grupo de Entidades Reguladoras Europeas para los Servicios de Comunicación Audiovisual. Todos ellos tendrán un número igual de representantes que podrá ascender a un máximo total de treinta personas. La Comisión será la encargada de realizar las funciones de Secretaría para este Grupo de Alto Nivel que se reunirá, mínimo, una vez al año, así como cuando sea necesario para proporcionar asesoramiento y conocimientos especializados. En particular, podrá asesorar a la Comisión sobre la necesidad de una posible reforma del Reglamento de Mercados Digitales, así como podrá determinar y examinar las interacciones actuales y potenciales entre éste y aquellas normas sectoriales que hayan sido aprobadas por las autoridades nacionales de los Estados miembros⁵⁰.

66. Las investigaciones de mercado también podrán iniciarse a través de la solicitud o petición de, al menos, tres Estados miembros, que aleguen la existencia de motivos razonables para designar a una empresa como guardiana de acceso. Asimismo, uno o varios Estados miembros podrán denunciar su sospecha de incumplimiento de las obligaciones designadas a un guardián. Además, tres o más Estados miembros podrán proponer a la Comisión que modifique, amplíe o perfeccione el ámbito de actuación del Reglamento de Mercados Digitales. Ante esta solicitud, la Comisión fallará en un plazo de cuatro meses.

67. Frente a los actos de los guardianes que infrinjan las disposiciones del Reglamento de Mercados Digitales y perjudiquen los intereses colectivos de los consumidores será de aplicación la Directiva (UE) 2020/1828⁵¹. En caso de denuncia de las infracciones presentes en dicho Reglamento y en los asuntos relativos a la protección de las personas que informen sobre dichas infracciones, la normativa aplicable será la Directiva (UE) 2019/1937⁵².

IV. Conclusiones

68. La visión de Zuckerberg acerca del Metaverso, en tanto que la próxima etapa de desarrollo de Internet, presenta toda una serie de interacciones de la vida real que apriorísticamente podrían trasladarse virtualmente a través del uso de un avatar. Ir de compras, acudir a reuniones de trabajo, eventos, (video)juegos, aprendizaje, ver películas, comprar muebles para un hogar, todo parece tener su lugar en el metaverso. No obstante, ésta no es la única visión del metaverso. Otras plataformas nos presentan un enfoque adaptado al juego (*inter alias*, véase, Roblox). También encontramos versiones centradas en la adquisición de inmuebles virtuales mediante el uso de tokens no fungibles (véase Decentraland), o experiencias de metaverso personalizadas para empresas (*v. gr.* Rave Space).

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (DO L 409 de 4 de diciembre de 2020, pp. 1-27).

⁵² 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.

69. Esta variedad de enfoques ha ocasionado que no se haya adoptado una definición universal del concepto de “Metaverso”. A efectos de nuestro estudio, hemos optado por la siguiente definición: un metaverso es un servicio en línea que brinda acceso a simulaciones espaciales en tres dimensiones (3D), compartidas y en tiempo real, en las que se pueden disfrutar toda una serie de experiencias inmersivas. De modo que sus características principales serían las siguientes: la simulación espacial en tres dimensiones, la experiencia de inmersión y la presentación de un espacio estable o con vocación de permanencia a través de un servicio compartido en tiempo real. Partiendo de esta premisa, entendemos que una plataforma de metaverso puede presentar siete capas o bloques sobre los que se construye: experiencia, descubrimiento, economía de creador, computación espacial, descentralización, interfaz humana e infraestructura (véase ANEXO). En términos de mercados antimonopolio, todos estos componentes básicos podrían constituir *per se* mercados de productos relevantes separados, pero complementarios, o podrían fusionarse en un único mercado relevante. De ser así, estas distintas capas conjuntas conformarían la cadena de valor del metaverso en cuestión.

70. Independientemente del debate en torno a la posible unicidad o multiplicidad de capas de cada plataforma de metaverso, queda claro que, a día de hoy (2022), todos estos elementos no se podrían usar para delinear los mercados de productos relevantes de forma independiente o autónoma, ya que este método sustituiría mercados que son universalmente intercambiables desde la perspectiva del consumidor en cada plataforma del metaverso. De modo que, optamos por una interpretación más práctica, decantándonos por identificarlos como servicios básicos de una misma plataforma. El problema surge cuando una misma plataforma ofrece servicios básicos de naturaleza muy dispar, dirigidos a usuarios con perfiles muy diversos y, por esta razón, pueda querer inclinarse por desarrollar una normativa interna que distinga entre las distintas capas. En este supuesto, las capas y bloques de construcción pueden volverse relevantes en el contexto de las fusiones de empresas.

71. El régimen de fusiones de la Unión Europea distingue entre fusiones horizontales y no horizontales. A su vez, éstas últimas pueden concebirse como fusiones verticales o conglomeradas. Mientras que las fusiones verticales implican empresas que operan en diferentes niveles de una misma cadena de suministro, las fusiones de conglomerados se refieren a empresas que no mantienen una relación entre sí de naturaleza puramente horizontal ni vertical. En el contexto de fusiones no horizontales tenemos un caso especialmente complejo: el de exclusión de insumos, es decir, cuando es probable que la nueva entidad restrinja el acceso a los productos o servicios que de otro modo se habrían suministrado. En estos casos, debe analizarse si se aprecia un aumento de costes que podría producir el aumento de precios más altos para los consumidores. Con esta finalidad, debemos observar una serie de elementos: (1) la capacidad de la empresa para impedir el acceso a los suministros o materias primas; (2) el incentivo de la empresa para impedirlo y (3) si se aprecian efectos perjudiciales significativos en la competencia del mercado en cuestión. Aunque esta tipología (exclusión de insumos) se da a menudo en fusiones verticales, no ocurre lo mismo en fusiones de conglomerados. Aunque esto podría cambiar en el nuevo contexto del metaverso.

72. A modo de ejemplo, supongamos que una plataforma de prestación de servicios con la forma de un “metaverso” decide adquirir las infraestructuras de servicio en la nube de otra empresa, formando parte de lo que sería su sexta capa: interfaz humana (véase ANEXO). En principio, estos servicios no tendrían por qué cooperar para asegurar el desarrollo del metaverso resultante. No obstante, una vez realizada la fusión, entendemos que la plataforma tendría la capacidad de restringir el acceso al almacenamiento en dicho servicio en la nube, así como podría modificar sus condiciones a unas menos ventajosas para los usuarios finales si así lo quisiera. Entonces, deberíamos plantearnos si hay algún incentivo para que la plataforma se comporte de este modo o si tiene un efecto perjudicial en la cadena de valor del metaverso. Piénsese, por ejemplo, en una subida de los precios del *hardware* (gafas de realidad virtual) o en una disminución de la calidad de sus materiales en la cadena de producción, en un intento por reducir costes o aumentar beneficios, como resultado directo de la modificación de las condiciones del servicio de almacenamiento en la nube. De ser así, podríamos plantear que esta adquisición que

aparentemente no planteaba ningún problema *prima facie* podría acabar proporcionando un incentivo estratégico importante para que la plataforma distorsionase la cadena de valor, afectando a la elección o calidad de los bienes y servicios, influyendo negativamente, por tanto, en los parámetros de competencia de este mercado.

73. La Comisión y las autoridades se enfrentan a una situación un tanto complicada al responder a los desafíos que, sin lugar a duda, planteará el metaverso a corto plazo. Por una parte, una intervención tardía por parte de la Comisión podría dejar que uno de los metaversos (aparentemente Meta) se expandiese apresuradamente y acabase con la equidad y disputabilidad del mercado. De modo que, una política basada en el *laissez-faire* parece, a todas luces, inviable. Por otra parte, una aplicación excesivamente prematura podría desalentar las inversiones y obstaculizar la innovación.

74. La situación actual en la que, aparentemente, el Reglamento de Mercados Digitales se aplicará a las cuestiones reglamentarias del metaverso debe cotejarse con el hecho de que parece poco probable que una gran cantidad de operadores de plataformas de metaverso cumplan los criterios cuantitativos para ser designados como guardianes. Es más, podríamos avanzar que la principal amenaza para la estabilidad de este mercado es, en principio, el *tsunami* que podría ocasionar la plataforma Meta, que todavía está en fase de desarrollo y que se calcula que llegará a Europa en los próximos cinco años.

75. En todo este proceso de supervisión y (re)ajuste de las políticas (más o menos) intervencionistas europeas, quizás, una de las grandes virtudes de este Reglamento es su innegable flexibilidad. Esta característica es la que dota a esta normativa de una gran capacidad de respuesta y rápida reacción para aquello que todavía no somos capaces de anticipar. En última instancia, ante una amenaza para la equidad y la disputabilidad del mercado único digital, la Comisión, siempre podrá imponer nuevas obligaciones *ad hoc* al guardián de acceso que suponga una amenaza concreta o, incluso, plantear una modificación del Reglamento de Mercados Digitales. De modo que, al menos por el momento, todo parece estar bajo control.

Anexo

Las principales plataformas de realidad virtual (RV) autodenominadas “Metaverso” (2022)

(1) Experiencia	Fortnite, Meta, Niantic, Wave, Together Labs, Riot Games, Mythical, Hologate, Com2us, Latitude, Stillfront, Hasbro, Activision Blizzard, Sky Mavis, Embracer Group, Ncsoft, Minecraft, Lamina, Ubisoft, EA Sports, CCP, Tencent, Zepeto, Kendir Studios, Fable, XBOX Game Studios, Gala Games, PlayStation Studios, Nintendo, NetEase Games, Nike, Bytedance, Demiplane, LinkedIn, Gather, Second Life, 2K, Playable worlds, SUP, Wargaming.net, Lilith games, VeeFriends, Yagalabs, twitter, Netflix, Supernatural, AltSapceVR, Animoca brands, Loot, MiHoyo, Spatial, YouTube, immersed, AZRA Games, clubhouse, reddit, twitch, Snapchat, Star Atlas, Odyssey, Zoom.
(2) Descubrimiento	Facebook, Unity Ads, Discord, Google, Apple Store, Luna, Steam, Google Play, EPIC Games, Stadia, TROPOS AR, Game Holt, AppLovin, itch.io, IronSource, Swim, N3TWORK, Jungle, Weld Guild.
(3) Economía de creador	Unity, EPIC Games, ROBLOX, Microsoft, Midjourney, REC-ROOM, Beamable, Moralis, Marvelous Designer, stability.ai, photon, Overwolf, ROKOKO, COCOS, Xsolia, Adobe, mod.io, SANDBOX, skillz, Manticor Games, rct.ai, machinations, genvid, Somnium Space, Decentreland, Maddie’s, Daz3D, The Fabricant, Improbable, BuildBox, GameMaker Studio2, ARIA, Superworld, Cryptovoxels, Shopify, gravity sketch, async, admix, Subspace.
(4) Computación espacial	Unity, Autodesk, Unreal Engine, Omniverse Nucleus, blender, Descartes Labs, Matterport, O3DE, KAEDIM, Google AI, Open AI, Niantic Planete-Scale AR, CESIUM, Nextnav, EF EVE, Occipital, presenz, moz://a.
(5) Descentralización	Microsoft, OpenXR, Ethereum, WEBASSEMBLY, Gemini, Fireblocks, Consensys, Alchemy, Tezos, Immutable, Ava Labs, Ready Player Me, Solana, Brave, Polygon, WAX, Dapper, Enjin, Ubuntu, Algorand, IOTA, IBM, rally, THETA, venly, Hedera Hasgraph, ARAGON, Polkadot, ION, Cardano, Maguc Eden, openSea, Forte, evernym, Wolf3D, makersplace, SuperRare, Tafi, Metamundo, neuno, Crucible, N, RPI, Mutable APP
(6) Interfaz humana	MetaQuest, Apple, XBOX, PlayStation, Nintendo Switch, Samsung, t5, Microsoft HoloLens, VIVE, Huawei, Leica, Neuralink, Synchron, Lightform, Net VR, Vuzix, nreal, Snapchat, Razer, Varjo, Magic leap, Avegant, neosensory, amazon Alexa.
(7) Infraestructuras	AWS, Azure, Apple, Nvidia, Google Cloud, Samsung, arm, Marvell, AMD, Broadcom, Dfinity, Qualcomm, Qorvo, Atomica, intel, Bosch, Skyworks, Ouster, OmniVision, Sony, ProLogium, Panasonic, Verizon, IBM, AT&T, Vodafone, T Mobile, Starlink, amun Osram, Edgegap, Fastly, Akamai, Cloudflare, agora, bandwidth, Equini, Digital Realty.

Fuente: Adaptación de J. Radoff, Building the Metaverse, Open Access, 2022.

A Comparative Study of the Reimbursement of Extrajudicial Attorneys' Fees

Un estudio comparado sobre el reembolso de gastos extraprocesales de asistencia letrada

DAVID CUENCA PINKERT
Doctor iuris
University of Cologne (Germany)

Recibido: 15.12.2022 / Aceptado: 17.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7542

Abstract: »Reimbursement of Extrajudicial Attorneys' Fees in Spanish Law. A Systematization of Procedural and Substantive Claims« (PhD-thesis published in German language, Duncker & Humblot, 2021, *Schriften zum Internationalen Recht (SIR)*, Volume 229.)

David Cuenca Pinkert examines the recoverability of extrajudicial attorneys' fees in cross-border civil law cases under Spanish law and thereby demonstrates structural parallels to other European legal systems and universal principles of cost recovery. This approach systematizes procedural and substantive claims, which the author sees as a key to a better understanding of reimbursability.

Palabras clave: Extra-procedural expenses of legal assistance, procedural and substantive reimbursement actions, costs, damages, reimbursement of expenses and costs, order to pay costs, responsibility of the succumbing party, access to justice, Roman legal systems, blocking effect, undermined procedural law.

Resumen: "El reembolso de gastos extraprocesales de asistencia letrada en derecho español. Una sistematización en base al derecho procesal y sustantivo" (Tesis doctoral publicada en idioma alemán, Editorial Duncker & Humblot, 2021, *Schriften zum Internationalen Recht (SIR)*, Volumen 229.)

David Cuenca Pinkert analiza cómo se reembolsan honorarios extraprocesales de asistencia letrada en litigios civiles transfronterizos según el derecho español, demostrando así estructuras paralelas con otros ordenamientos jurídicos europeos y principios universales de la compensación de gastos. El estudio está enfocado en sistematizar las posibles acciones resarcitorias procesales y sustantivas, lo cual el autor considera como elemento clave a la hora de examinar correctamente las distintas vías de reembolso.

Keywords: Gastos extraprocesales de asistencia letrada, acciones de reembolso procesales y sustantivas, costas, daños, reembolso de gastos y costas, condena en costas, responsabilidad de la parte sucumbiente, acceso a la justicia, ordenamientos jurídicos romanos, efecto de bloqueo, derecho procesal socavado.

Summary: I. Definition of extrajudicial attorneys' fees. II. Dichotomy of procedural and substantive reimbursement system. III. Procedural reimbursement claim. 1. Romanesque legal systems. 2. German law. 3. Spanish law. IV. General remarks to the relationship between procedural and substantive reimbursement system. 1. Legal systems Type 1. 2. Legal systems Type 2. 3. Classification of Spanish law. V. Arguments against the blocking effect of procedural reimbursement. VI. Further

arguments for applicability of substantive law. VII. Disadvantages of the current legal situation in Spain. VIII. Approaches de *lege ferenda*. VIII. Conclusion.

I. Definition of extrajudicial attorneys' fees

1. Extrajudicial attorneys' fees are those attorney fees incurred before¹ or without a lawsuit² but are incurred due to possible court proceedings.³ They are incurred outside of court proceedings in terms of time and subject matter.⁴ Their purpose is to promote the successful assertion of the party's claims,⁵ to prepare for a pending lawsuit⁶ or simply to avoid litigation.⁷ Objectively, they are not mandatory for successful litigation.⁸ In particular, they include costs incurred in relation to pre-litigation analysis of the facts by experts (especially attorneys) or visits to relevant authorities.⁹ The conceptual differentiation between judicial and extrajudicial attorneys' fees originates from a distinction in German doctrine.¹⁰ This distinction has been adopted in the majority of Spanish court rulings,¹¹ despite isolated dissenting opinions.¹²

II. Dichotomy of procedural and substantive reimbursement system

2. Extrajudicial attorneys' fees are recoverable if reimbursement is provided for either by the procedural law or by the substantive law of the relevant legal system. In this context, reimbursement according to procedural law principles must be examined first, because in some legal systems the procedural reimbursement of costs has a blocking effect (German legal doctrine uses the term *Sperrewirkung*) vis-à-vis reimbursement under substantive law. If procedural law does not reimburse extrajudicial attorneys' fees, the relationship between the procedural and the substantive reimbursement of costs must be examined. Only when it has been established that there is no blocking effect can the question of whether extrajudicial attorneys' fees may be recoverable as damages under substantive law be usefully examined. The situations which recurrently prove difficult are structurally comparable across legal systems.

¹ O. FUENTES SORIANO, *Las costas en la nueva LEC*, Tirant lo Blanch, 2000, p. 24 et seq.

² J. ESCRIBANO SÁNCHEZ, *El coste de la Justicia y su vinculación con los derechos fundamentales procesales*, Madrid, Universidad de Salamanca, PhD-Thesis, 2011, p. 89.

³ L. MUÑOZ GONZÁLEZ, *Las costas*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1981, p. 28.

⁴ *Ibidem*.

⁵ A. GUTIÉRREZ ZARZA, *Las costas en el proceso civil*, Editorial Constitución y Leyes (Colex) S.A., 1998, p. 56; L. MUÑOZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 27.

⁶ A. TORRES LÓPEZ, en: A. TORRES LÓPEZ / A. DÍAZ BARBERO (eds.), *Las costas en el proceso civil*, 130 preguntas y respuestas, Editorial Sepin, 2009, p. 80.

⁷ Specifically, in relation to extrajudicial legal fees J. GARBERÍ LLOBREGAT, en: J. GARBERÍ LLOBREGAT (ed.), *Los procesos civiles*, Vol. 1, Editorial Bosch, 2. Ed. 2010, Art. 241-246, I.2.A.b).

⁸ A. GUTIÉRREZ ZARZA, *op. cit.*, p. 56.

⁹ O. FUENTES SORIANO, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰ W. KISCH, *Deutsches Zivilprozeßrecht*, Leipzig Götschen'sche Verlagshandlung, 1911, Vol. 3, p. 136 et seq. (who speaks of „Parteikosten“). In terms of content, these costs cover the fees (Gebühren) and expenses (Auslagen) that are now subsumed under the term “extrajudicial costs”, see R. HÜSSTEGE, en: H. THOMAS / H. PUTZO (eds.), *Zivilprozessordnung*, C.H. Beck, 41. Ed. 2020, Vor. § 91, margin number 2 et seq.

¹¹ L. MUÑOZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 27 et seq.; J.F. HERRERO PEREZAGUA, *La condena en costas*. Procesos declarativos civiles, Editorial Bosch, 1994, p. 34; J. ESCRIBANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 105.

¹² I.E. G. CHIOVENDA, *La condena en costas*, Traducción de Juan A. de la Puente y Quijano, *Rev. Derecho Privado*, Madrid, 1928, p. 468. According to F. CARNELUTTI, *Instituciones del Proceso Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, 4. Ed. 1989, Vol. I, p. 349 f. a distinction must be made between individual and general costs. J.L. VÁZQUEZ SOTELO, en: V. CORTÉS DOMÍNGUEZ (ed.), *Comentarios a la reforma de la LEC*, Tecnos, Madrid, 1985, Art. 523, para. 6 l) is of the opinion that the delimitation of compensable *costas procesales* and non-recoverable *gastos procesales* should not be made according to the expressed delimitation criteria. Instead, the delimitation should be decisive as to which cost components are or are not subject to the determination of costs; he is followed by L. MARTÍN CONTRERAS, *Las costas procesales*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 43.

III. Procedural reimbursement claim

1. Romanesque legal systems

3. The legal systems of the romance legal family – noting that Spain is examined separately below – do not reimburse extrajudicial attorneys' fees according to procedural law principles. In *French* law, the reimbursement of legal costs is governed by Art. 700 NCPC. Art. 695 no. 7 NCPC which contains a list of all costs (*dépens*) that are recoverable in court. According to Art. 695 No. 7 NCPC, attorneys' fees are to be classified as *dépens*¹³ making them recoverable insofar as the attorneys' remuneration is prescribed. The attorneys' remuneration is only prescribed in the case of judicial action, but not in the case of extrajudicial action. Fees incurred in the latter case are not considered legal costs and, accordingly,¹⁴ not procedurally recoverable.¹⁵ Under *Italian* law, the losing party is generally ordered to pay the costs of the litigation (*spese legali*) pursuant to Art. 91 *Codice di procedura civile* (CPC). The subject of the claim for reimbursement under procedural law is the costs of the legal dispute, which are to be interpreted broadly,¹⁶ therefore including judicial attorneys' fees.¹⁷ Earlier rulings classified extrajudicial attorneys' fees as litigation costs if the case later went to trial.¹⁸ Recent Italian supreme court rulings deny the recoverability¹⁹ on the grounds that extrajudicial attorneys' fees are different in nature compared to "real litigation costs".²⁰ Contrastingly, traditional Italian legal doctrine, has tended to defend the position that extrajudicial attorneys' fees are to be classified as *spese legali* and so are recoverable.²¹ Under *Portuguese* law, attorneys' fees – whether judicial or extrajudicial – are generally borne by each party. The procedural reimbursement of costs is regulated in Art. 533 para. 2 lit. d) (*Código de processo civil*, CPC) in which judicial attorneys' fees are classed as costs of proceedings (*Custas Processuais*) in the case of losing in proceedings (*sucumbência*).²² Art. 529 para. 4 CPC in connection with Art. 26 para. 3 c) of the Legal Costs Regulation (*Regulamento das Custas Processuais*, hereinafter: RCP)²³, limits such costs in proceedings to a maximum of 50% of the court fees (*taxas de justiça*) paid by both parties.²⁴ In addition, the party to be paid costs is reimbursed the court fees in proportion to the extent of their success in the proceedings (Art. 26 para. 3 a) RCP) as well as the other court costs (*encargos*) according to Art. 26 para. 3 b) RCP. Moreover, extrajudicial attorneys' fees are not subject to the, albeit incomplete, procedural costs reimbursement procedure.²⁵ *Belgian* law regulates the procedural reimbursement of costs in civil

¹³ M. JÄGER, Reimbursement for attorney's fees: a comparative study of the laws of Switzerland, Germany, France, England, and the United States of America; international arbitration rules and the United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Eleven International Publishing, 2010, p. 29 et seq.

¹⁴ Y. STRICKLER, Procédure civile, Éditions Larcier, 4. Ed. 2013, p. 50 speaks of *honoraires de consultation*.

¹⁵ Permanent jurisprudence of the highest courts, i.E. Cass. Civ. 2^e, 8.7.2004, 03-15155, Bull. civ. 2004 II, n°365, 309; LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrats – Régimes d'indemnisation, Ed. Dalloz, 11. Ed. 2007, 2124.32 and 2321.151; but, to the contrary: IPG-Gutachten 2015-2017, No. 10, margin number 100.

¹⁶ M. RINALDI, in: L. D'APOLLO (Ed.), Le spese processuali, Ed. Giuffrè, 2011, p. 12 et seq.

¹⁷ Cass. Civ., Sez. III, 16/06/1990, n. 6056; Cass. Civ., Sez. I, 18/07/2017, n. 16990; G. MONTELEONE, Diritto processuale civile, Vol. I – Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni, Ed. CEDAM, 8. Ed. 2018, p. 161.

¹⁸ Cass. Civ., Sez. III, 14/04/1969, n. 1189; Cass. Civ., Sez. III, 12/07/2005, n. 14594; Cass. Civ., Sez. III, 02/02/2006, n. 2275.

¹⁹ Cass. Civ., Sez. VI, 13/03/2017, n. 6422; more detailed Cass. Civ., Sez. I, 18/07/2017, n. 16990 (p. 11); Cass. Civ., Sez. VI, 2/2/2018, n. 2644.

²⁰ Cass. Civ., Sez. VI, 13/03/2017, n. 6422: "[...] l'attività stragiudiziale, anche se svolta da un legale, è comunque un qualcosa di intrinsecamente diverso rispetto alle spese legali vere e proprie [...]".

²¹ A. GUALANDI, Spese e danni nel processo civile, p. 326 et seq.; M. RINALDI, en: L. D'APOLLO (Ed.), op. cit., p. 13; L. PALIERO, en: F. CARPI / M. TARUFFO, Commentario breve al Codice di Procedura Civile, Ed. CEDAM, 10. Ed. 2017, Vol. I, Art. 91, XVIII, No. 6; M. VACCARI, Le spese dei processi civili. Questioni giurisprudenziali e indicazioni operative, Giuffrè, 2017, p. 342 et seq.; contrasting R. GIORDANO, in: N. PICARDI ET AL., Codice di Procedura Civile. Vol. I – Art. 1-473, 6. Ed., Giuffrè, 2015, Art. 91, para 11, according to whom the costs must originate within the process.

²² A.J. CUNHA, Direito processual civil declarativo à luz do Novo Código de Processo Civil, Quid Juris Sociedade Editora, 2. Ed. 2015, p. 46.

²³ Legislative Decree no. 34/2008.

²⁴ In detail S. DA COSTA, As Custas Processuais, Ed. Almedina, 7. Ed. 2018, p. 233 et seq.

²⁵ H. SOUSA ANTUNES, "National Report Portugal", en: C. HODGES / M. TULIBACKA / S. VOGENAUER (Eds.), The Costs and Funding of Civil Litigation, Ed. C.H. Beck, 2010, pp. 467, 480 et seq.; A. RATHENAU, "Gerichts- und Anwaltskosten in Portugal", *Entdecken Sie Algarve* 03/2010, p. 44.

proceedings in Art. 1.017 et seq. *Code judiciaire* (CJ) by way of *condamnation aux dépens*.²⁶ Art. 1.018 CJ contains a catalogue of the elements that conceptually define legal costs. Attorneys' fees are not listed there. They are therefore not legal costs.²⁷ However, since the introduction of the new Art. 1.022 CJ in 2008, the adjudicating judge has the discretion to order the losing party to pay the winning party a lump-sum procedural indemnity (*l'indemnité de procédure*) to partially cover legal fees. Even so, this does not result in full reimbursement of such costs.²⁸ Moreover, Art. 1.022 does not deal with the question of extrajudicial attorneys' fees. This is evident from the wording itself (i.e. *l'indemnité de procédure*), the fact that it is a procedural rule and therefore, under Belgian law, does not provide for recovery of legal costs,²⁹ and Belgian case law.³⁰ Under *Dutch* law, extrajudicial attorneys' fees are reimbursed as pecuniary loss³¹ pursuant to Art. 6:96 para. 2 lit. c *Burgerlijk Wetboek* (BW) and, in cases without formal litigation, claimed by way of a substantive claim for reimbursement of costs.³² If legal proceedings begin, part of the extrajudicial attorneys' fees are converted into litigation costs.³³ These costs "change colour" ("*van kleur verschieten*").³⁴ As a result of their conversion into litigation costs (*proceskosten*), they are now recoverable by way of a procedural claim for reimbursement of costs, which is regulated in Art. 237 para. 1 sentence 1 *Wetboek van burgerlijke Rechtsvordering* (Rv). However, to qualify for conversion, the legal costs must involve specific pre-trial legal services, such as studying the case file, appraising the chances of success in litigation, and gathering the factual material and evidence.³⁵ However, even following conversion, the amount invoiced will not be reimbursed; only a lump sum constituting the liquidation tariff, that is a non-binding, points-based calculation method (*liquidatietarief*).³⁶ There is no reimbursement of full legal costs under Dutch procedural law.

2. German law

4. Taking *German* law as a prototype for legal systems in the Germanic legal family, reimbursement of legal costs is structurally possible according to procedural law principles, eg. §§ 91 et seq. *Zivilprozessordnung* (ZPO). The winning party in a lawsuit has a claim in procedural law for reimbursement of the "costs of the legal dispute" (*Kosten des Rechtsstreits*). The German system of reimbursement of costs under procedural law follows the principle of succumbent's liability (*Unterliegendenhaftung*), that

²⁶ Regarding in detail Art. 1017 CJ see H. BOULARBAH / C. HAUWEN, "Actualités en matière de frais et dépens: questions choisies", en: H. BOULARBAH / J.-F. V. DROOGHENBROECK (Eds.), *Actualités en droit judiciaire: un peu de tout après six pots-pourris*, Ed. Anthemis, 2018, p. 319 et seq.; to the exceptions P. MOREAU, "L'indemnité de procédure et la charge des dépens", in: JEUNE BARREAU DE LIÈGE, *Le coût de la justice, Actes du colloque organisé par la Conférence libre du jeune barreau de Liège et par la Faculté de droit de l'Université de Liège le 20 février 1998*, Liège: Jeune Barreau de Liège, 1998, p. 171, 175 et seq.

²⁷ G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Ed. Larcier, 2. Ed. 2005, p. 456 and footnote 62; J. LAENENS / D. SCHEERS / P. THIRIAR ET AL. (Eds.), *Handboek Gerechtelijk Recht*, Ed. Intersentia, 4. Ed. 2016, margin number 1178.

²⁸ P. MOREAU, op. cit., p. 171, 194.

²⁹ D. DESSARD, "La répétibilité des honoraires et frais d'avocat: un accouchement dans la douleur...", in: G. DE LEVAL / F. GEORGES (Eds.), *Le droit judiciaire en mutation: en hommage à Alphonse Kohl*, Ed. Anthemis, 2007, p. 55, 64.

³⁰ For contractual obligations Cour de cassation, 2.9.2004, C.01.0186F, Justel-Nr.: F-20040902-8; for non-contractual obligations Cour de cassation, 16.11.2006, C.05.0124F, Justel-Nr.: F-20061116-4.

³¹ S.D. LINDENBERGH, in: C. STOLKER / L. VALK / B. KRANS (Eds.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Ed. Wolters Kluwer, 13. Ed. 2019, Art. 6:96 BW, margin number 4.

³² IPG-Gutachten 2015-2017, No. 18, margin number 73.

³³ H. SNIJDERS / C. KLAASSEN / G. MEIJER (Eds.), *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Ed. W.E.J. Tjeenk Willink, 4. Ed. 2007, margin number 124.

³⁴ C. BRUNNER, note (noot) on Hoge Raad 3.4.1986, NJ 1988/275, margin number 3; H. SNIJDERS / C. KLAASSEN / G. MEIJER (Eds.), op. cit., margin number 124; R.H. DE BOCK, in: P. VLAS / E. TJONG TJIN TAI (Eds.), *Groene Serie Burgerlijke rechtsvordering*, Kluwer, 1.12.2018, Art. 241, margin number 2.

³⁵ R.H. DE BOCK, op. cit., Art. 241, margin number 2; H. SNIJDERS / C. KLAASSEN / G. MEIJER (Eds.), op. cit., margin number 124; A.C. V. SCHAICK, in: C. ASSER (Ed.), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 2. Eerste aanleg*, Ed. Wolters Kluwer, 2. Ed. 2016, margin number 134.

³⁶ H. SNIJDERS / C. KLAASSEN / G. MEIJER (Eds.), op. cit., margin number 121 (Court practice since 1955).

is, who loses pays.³⁷ The cause of liability is the instigation (*Veranlassung*) of the legal dispute.³⁸ Whether extrajudicial attorneys' fees are also recoverable attending to procedural law depends on how the constituent element of "costs of the legal dispute" (i.e. costs related to the process) is to be interpreted and, specifically, when the legal prosecution or defence is "necessary" within the meaning of § 91 (1) sentence 1 ZPO.³⁹ German jurisprudence and legal doctrine almost unanimously defend the restrictive interpretation of this constituent element.⁴⁰ Exceptionally, however, they include preparatory costs under the concept of *Kosten des Rechtsstreits*.⁴¹ Extrajudicial attorneys' fees can be classified as such preparatory costs.⁴² The prerequisite for this is that the extrajudicial attorneys' fees were incurred for the immediate preparation or conduct of a subsequent lawsuit.⁴³ In principle, a differentiation is made according to the scope of the instruction given to the attorney: if an unconditional mandate is granted for active or passive litigation all preparatory acts (including extrajudicial legal work) are included in the fee for the court proceedings.⁴⁴

³⁷ B. GEHLE, in: A. BAUMBACH / W. LAUTERBACH (Eds.), Beck'sche Kurzkommentare zur Zivilprozessordnung: mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen, C.H.Beck, 79. Ed. 2021, Vor § 91, margin number 2. For a relaxation of the cost reimbursement principle, cf. G. BAUMGÄRTEL, Gleicher Zugang zum Recht für alle. Ein Grundproblem des Rechtsschutzes, Ed. Heymann, 1976, p. 152 et seq.

³⁸ W. KISCH, op. cit., p. 140; H. ROTH, „Prozessualer und materieller Kostenersatz“, in: J. ADOLPHSEN (Ed.), *Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag*, C.H.Beck, 2014, p. 529; K.J. GÖTZ, *Zivilrechtliche Ersatzansprüche bei schädigender Rechtsverfolgung*, Ed. Duncker & Humblot, 1989, p. 110; H. ROTH, „Prozesskosten, Prozesskostenhilfe und Prozessfinanzierung“, in: G. SCHULZE (Ed.), *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint. Der modernisierte Zivilprozess in Europa*, Ed. Sellier european law publishers, 2014, p. 79, 81; differently A. SIEBERT, *Die Prinzipien des Kostenerstattungsrechts und die Erstattungsfähigkeit vorgerichtlicher Kosten des Rechtsstreits: ein Beitrag zu Theorie und Praxis der Haftung für Rechtsverfolgungsmaßnahmen*, Ed. Peter Lang, 1985, p. 88 et seq., 136, according to whom it was a liability for sacrifice. For the different approaches with regard to the grounds for liability for procedural reimbursement of costs under section 91 ZPO, see C. FLEDDERMANN, *Kostenrechtliche Probleme der Beteiligung Dritter am Zivilprozeß*, Ed. Peter Lang, 1998, p. 75 et seq. with further references on p. 84 (Fn. 306).

³⁹ Cf. in extenso A. SIEBERT-REIMER, *Der Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung*, Duncker & Humblot, 2017, p. 206 et seq.

⁴⁰ BGH, Beschluss v. 15. Januar 2019 – II ZB 12/17, margin number 12; K. JASPERS, en: V. VORWERK / C. WOLF (Eds.), Beck'scher Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung, 38. Edition, 1.9.2020, § 91, margin number 93; S. MÜLLER-RABE, in: W. GEROLD / H. SCHMIDT (Eds.), *Rechtsanwaltsvergütungsgesetz*, C.H.Beck, 24. Ed. 2019, Anhang X, margin number 40, 50; R. HÜSSTEGE, en: H. THOMAS / H. PUTZO (eds.), op. cit., § 91, margin number 5, 6; A. SCHULZ, en: T. RAUSCHER / W. KRÜGER (Eds.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, C.H.Beck, 6. Ed. 2020, Vol. 1: §§ 1-354, § 91, margin number 20; W. GIERL, in: I. SAENGER, *Handkommentar zur Zivilprozessordnung*, Nomos, 8. Ed. 2019, § 91, margin number 4 et seq.; F.O. FLOCKENHAUS, en: C. KERN / D. DIEHM (Eds.), *Zivilprozessordnung*, Erich Schmidt Verlag, 2017, § 91, margin number 7; N. GOLDBECK, en: H.J. MUSIELAK / W. VOIT (Eds.), *ZPO*, Verlag Franz Vahlen, 17. Ed. 2020, § 91, margin number 7; S. SMID / S. HARTMANN, en: B. WIECZOREK / R.A. SCHÜTZE (Eds.), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, Vol. 2/2 – §§ 78-127A, De Gruyter, 4. Ed. 2015, § 91, margin number 6 speak of a broad interpretation, because preparatory costs are included in the cost-fixing procedure. L. HÄSEMAYER, *Schadenshaftung im Zivilrechtsstreit*, V. Decker, 1979, p. 153 considers extending procedural costs liability "equally [!] for both parties" to pre-litigation costs. For a broad interpretation K. HERGET, in: R. ZÖLLER (Ed.), *Zivilprozessordnung*, Verlag Otto Schmidt, 33. Ed. 2020, Vor § 91, margin number 9.

⁴¹ BGH NJW 2003, 1398, 1399 (about recoverability of fees for a private expert report); E. SCHNEIDER, „Der materielle Kostenerstattungsanspruch“, in: *Monatszeitschrift für Deutsches Recht*, 1981, p. 353, 358; E. BECKER-EBERHARD, *Grundlagen der Kostenerstattung bei der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche: zugleich ein Beitrag zum Verhältnis zwischen materiell-rechtlichem und prozessualen Kostenerstattungsanspruch*, Gieseking, 1985, p. 44; R. DITTMAR, „Die Berücksichtigung vorprozessual entstandener Anwaltskosten im Kostenfestsetzungsverfahren“, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, p. 2088; K. RUESS, „Anwaltsvergütung – Die Geltendmachung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten als Nebenforderungen“, en: *Monatszeitschrift für Deutsches Recht*, 2005, p. 313; R. R. HÜSSTEGE, en: H. THOMAS / H. PUTZO (eds.), op. cit., § 91, margin number 7; A. SCHULZ, en: T. RAUSCHER / W. KRÜGER (Eds.), op. cit., Vor § 91, margin number 38; W. GIERL, in: I. SAENGER, op. cit., § 91, margin number 6; N. GOLDBECK, in: C. KERN / D. DIEHM (Eds.), op. cit., margin number 8; M. JÄGER, op. cit., p. 22 et seq.; H. ROTH, „Prozessualer und materieller Kostenersatz“, in: J. ADOLPHSEN (Ed.), op. cit., p. 529, 533; B. PÜHMEYER, *Der materielle und der prozessuale Kostenerstattungsanspruch*, 1971, p. 54.

⁴² R. DITTMAR, op. cit., p. 2088, 2089; R. HÜSSTEGE, en: H. THOMAS / H. PUTZO (eds.), op. cit., § 91, margin number 7; affirmatively M. JÄGER, op. cit., p. 22 et seq.; for a broad interpretation of § 91 (1) ZPO regarding pre-judicial attorneys' fees cf. K.V. EICKEN, „Erstattungsfähigkeit vorprozessualer Gutachten und Anwaltskosten“, in: W. RAUER (Ed.), *Kostenerstattung und Streitwert: Festschrift für Herbert Schmidt*, C.H.Beck, 1981, p. 11, 29 et seq.

⁴³ K. RUESS, op. cit., p. 313, 314; K. FISCHER, „Materieller und prozessualer Kostenerstattungsanspruch“, in: *Juristische Schulung*, 2013, p. 694, 698.

⁴⁴ L. THIEL, in: N. SCHNEIDER / J. VOLPERT / P. FÖLSCH (Eds.), *Gesamtes Kostenrecht*, Nomos, 2. Ed. 2017, § 19 RVG, margin number 7 et seq., 11; J. v. SELTMANN, in: J. v. SELTMANN (Ed.), Beck'scher Onlinekommentar zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 49. Edition, 1.9.2020, § 19, margin number 6.

Accordingly, the reimbursement of costs under procedural law will cover the reimbursement of extrajudicial attorneys' fees.⁴⁵

3. Spanish law

5. In *Spanish* law, extrajudicial attorneys' fees are not recoverable under procedural law. Only *costas procesales* are recoverable and extrajudicial attorneys' fees are not *costas procesales* according to Art. 241 para. 1 subpara. 1 *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC). This follows from an interpretation of Art. 241 LEC that *costas procesales* are the part of the expenses that relate to the payment of the items set out in Art. 241 para. 1 subpara. 1 nos. 1 to 7 LEC. According to Art. 241 para. 1 subpara. 1 no. 1 LEC, fees incurred in defence (by an *abogado*) and technical representation (by a *procurador*) are *costas procesales* if the defence or representation is required by law (*cuando sea preceptiva*). However, the extrajudicial assistance of an attorney is not prescribed by law. This position is supported by an analysis of Art. 6 No. 1 *Ley de asistencia jurídica gratuita*. It states that free legal assistance covers pre-trial counselling if a person seeks legal protection in court to enforce his or her rights and interests. The same wording was already contained in its Art. 6 No. 1 in the version of 12.1.1996. If the legislator had wanted to classify extrajudicial attorneys' fees as recoverable, the legislator would have added them to the catalogue items in of Art. 241 LEC.⁴⁶ The differing objectives of each law meant that this did not happen, however.⁴⁷ A historical interpretation using Art. 424 of the LEC in the version of 3.2.1881 (which, in contrast to the present-day article used an exclusive definition rather than an inclusive catalogue), also supports this result. In addition, Art. 241 LEC today enshrines the value judgement of the Spanish legislature that some items should be reimbursable as *costas procesales*, but that those items not listed should be borne by the parties themselves.⁴⁸ Underlying this position is the principle that no party should bear the financial consequences of another's decision, but only the consequences of their own decision on what expenses to incur.⁴⁹

IV. General remarks on the relationship between the procedural and substantive reimbursement systems

6. If extrajudicial attorneys' fees are not recoverable under procedural principles, the question arises whether they can be reimbursed under substantive law. This is because there is a danger that the rules of procedural law will be circumvented by substantive law. Such a case of circumvention would arise in a situation where, under substantive law, a claim may be made for the reimbursement of extrajudicial attorneys' fees, while procedural law rejects such reimbursement because it purports to comprehensively regulate the reimbursement of costs as a whole. If, on the other hand, the procedural provisions on the reimbursement of extrajudicial attorneys' fees are not conclusive, claims for compensation under substantive law may in turn be examined without any circumvention of procedural law. Therefore, before the prerequisites of the individual bases of claim under substantive law can be examined, it is necessary to clarify

⁴⁵ For the assertion of extrajudicial attorneys' fees, cf. C. TOMSON, „Ganz oder gar nicht? – Berechnung und gerichtliche Geltendmachung der anrechnungsfrei verbleibenden Geschäftsgebühr“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, 267 et seq.; M. STEENBUCK, „Geltendmachung außergerichtlicher Anwaltskosten im Zivilprozess“, *Monatszeitschrift für Deutsches Recht*, 2006, 423 et seq.

⁴⁶ V. MAGRO SERVET, *Guía práctica y casuística de las costas procesales en el proceso civil*, Ed. La Ley Actualidad, 2009, p. 47: “Se trata de los denominados gastos extraprocerales que, debe advertirse, no siendo reclamables en el proceso, si conforman en parte el contenido material del derecho de asistencia jurídica gratuita.”

⁴⁷ F. ESCRIBANO MORA, in: S: BARONA VILAR / F. ESCRIBANO MORA (Eds.), *El proceso civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, Tirant lo Blanch, 2001, Vol II, Libro 1 (Art. 99 bis 247), Art. 243, para 2 C.

⁴⁸ J.M. LÓPEZ GIL, in: J.A. ROBLES GARZÓN (Ed.), *Conceptos de derecho procesal civil*, Ed. Tecnos, 2017, p. 160; M.C. CALVO SÁNCHEZ, “La doctrina de la Sala Primera en materia de costas procesales”, in: V. GIMENO SENDRA (Ed.), *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del Profesor Almagro Nosete*, Iustel, 2007, p. 705, 716.

⁴⁹ Sentencia Tribunal Supremo, 11.5.2012 no. 1554.

the relationship (German legal doctrine speaks of *Konkurrenz*) between procedural law and substantive law with regards to reimbursement of extrajudicial attorneys' fees. In this matter, legal systems may be divided into two groups (or "types"). Type 1 includes those legal systems in which procedural law has the effect of completely blocking reimbursement of extrajudicial attorneys' fees under substantive law. Type 2, on the other hand, includes those legal systems in which the reimbursement of extrajudicial attorneys' fees under substantive law is not blocked by the procedural reimbursement of costs.

1. Legal systems: Type 1

7. Type 1 includes French, Belgian and Portuguese law. In these legal systems, a reimbursement of extrajudicial attorneys' fees cannot be examined according to substantive law principles if there is a procedural reimbursement of costs. As for French law, the *Cour de cassation* ruled, contrary to the judgements of two lower instance courts,⁵⁰ that legal costs not included in the litigation costs (*dépens*) are not to be classified as damages (*dommage émergent*) under substantive law.⁵¹ Such legal costs include extrajudicial attorneys' fees.⁵² Therefore, according to current French supreme court jurisprudence, these fees are not damages under substantive law.⁵³ Art. 700 NCPC and Art. 695 NCPC exhaustively cover the reimbursement of costs according to procedural law principles in relation to attorneys' fees and block further reimbursement of costs according to substantive law.⁵⁴ In Belgian law, as explained above, since the introduction of the new Art. 1.022 CJ, the reimbursement of judicial attorneys' fees can only be made as part of a lump sum provided for in procedural law. Art. 1.022 CJ thus excludes further claims under Belgian substantive law for the reimbursement of extrajudicial attorneys' fees.⁵⁵ In Portuguese law, according to the case law of the supreme court, the *Supremo Tribunal de Justiça*, the reimbursement of attorneys' fees is provided for under substantive law only in cases where it is expressly provided for in law.⁵⁶ The paradigm case is the case of bad faith litigation pursuant to Art. 457 (1) (a) CPC. For all cases not expressly provided for, substantive law will not enable recovery of attorneys' fees. It follows that the procedural reimbursement of costs according to Art. 529 para. 4 CPC in connection with Art. 26 para. 3 lit. Art. 26 (3) (c) RCP in principle blocks the reimbursement of attorneys' fees under substantive law.⁵⁷

2. Legal systems: Type 2

8. Type 2 includes the Italian, Dutch and German legal systems. Reimbursement of extrajudicial attorneys' fees under substantive law is not prohibited by procedural law. In Italian law, Art. 91 CPC regulates orders for losing parties to reimburse their counterparty's legal costs. The procedural claim

⁵⁰ The two lower courts (Cour d'appel de Rennes, 11.3.2003 n. 02/05190 and the Tribunal de Grande Instance de Quimper, 11.1.2001) allowed a claim in substantive law for the reimbursement of costs based on the general tort under clause of Art. 1.382 of the French Civil Code. According to Art. 1.382 of the French Civil Code, the person who causes damage to another must compensate the injured party for the damage. This rule also covers - in contrast to § 823 para. 1 of the German Civil Code - primary pecuniary damages.

⁵¹ Cass. Civ. 2^e, 8.7.2004, 03-15155, Bull. civ. 2004 II, n. 365, 309: « [...] les frais non compris dans les dépens ne constituent pas un préjudice réparable et ne peuvent être remboursés que sur le fondement de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile [...] ».

⁵² IPG-Gutachten 2015-2017, No. 10, margin number 97.

⁵³ For the discussion cf. M. JÄGER, op. cit., p. 151.

⁵⁴ A. POPOVICI, Le sort des honoraires extrajudiciaires, *Revue du Barreau*, Tome 62 (Printemps 2002), p. 53, 118 et seq.; IPG-Gutachten 2015-2017, No. 10, margin number 97.

⁵⁵ D. DESSARD, "La répétibilité des honoraires et frais d'avocat: un accouchement dans la douleur..." in: G. DE LEVAL / F. GEORGES (Eds.), op. cit., p. 55, 61; affirmative *IBIDEM*, "Déni de justice et répétibilité des honoraires", *Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2007/20, 817, 819; IPG-Gutachten 2015-2017, No. 6, margin number 48, 57.

⁵⁶ Ruling of the Supreme Court (*Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*) of 15.7.2007 (No. 07B220), para. XIV with reference to the judgement of 28.3.1930: "Na indemnização por perdas e danos em que as partes vencidas sejam condenadas não podem ser incluídos os honorários dos advogados das partes vencedoras, salvo estipulação expressa em contrário."

⁵⁷ *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* of 15.7.2007 (No. 07B220), para. XIV.

for reimbursement of costs under this article covers legal costs, including judicial attorneys' fees. In addition, Italian supreme court jurisprudence⁵⁸ and Italian legal doctrine⁵⁹ approve, in principle, the reimbursement of extrajudicial costs (*spese stragiudiziali*), such as attorneys' fees under substantive law. The basis of the substantive claim for reimbursement of costs is Art. 1.223 of the Italian Civil Code (*Codice Civile*, hereafter CC), according to which the damages to be paid include losses incurred (*danno emergente*) and the loss of profit (*lucro cessante*).⁶⁰ Extrajudicial attorneys' fees are classified as a *danno emergente* and thus covered by Art. 1.223 CC insofar as the costs incurred were necessary and justified.⁶¹ The instruction of an attorney will be considered necessary and justified in cases where the damages sought are economically significant, where there is doubt regarding the origin of the damage, and where the injured party (in the case of a road traffic accident) does not receive the support owed from his own insurer.⁶² Similarly, Dutch law does not prohibit the reimbursement of extrajudicial attorneys' fees outright. In Art. 6:96 para. 3 BW, in conjunction with Art. 241 Rv. Art. 241 Rv, it is expressly stipulated that the reimbursement of costs under substantive law is only excluded to the extent that the scope of application of the procedural reimbursement of costs extends. This is only intended to prevent double reimbursement for those expenses in which procedural and substantive claims for reimbursement of costs overlap. Conversely, it follows that expenses that are not reimbursed according to procedural principles continue to be recoverable under the head of pecuniary damage (*vermogensschaden*) by way of substantive law. If the attorneys' services involve particularly extensive pre-litigation services (i.e. more than a mere, possibly repeated, demand of payment including a warning that failure to pay will result in proceedings being brought, preparing an unaccepted settlement offer, obtaining simple information or compiling the file in the usual way), then the extrajudicial attorneys' fees are to be reimbursed in full according to substantive principles and pursuant to Art. 6:96 lit. c BW.⁶³ Pursuant to Art. 6:96 lit. c BW, the recoverability of costs presupposes their "probity" (*redelijke kosten*).⁶⁴ Probity must be evidenced, on the one hand, with regard to the origin of the costs and, on the other, with regard to their amount.⁶⁵ Probity is acknowledged if the incurrence of the costs was necessary for the enforcement of the claim and if otherwise appropriate in view of the complexity of the case.⁶⁶ In German law, jurisprudence and legal doctrine today – despite numerous divergences in the detail⁶⁷ and being in contrast to the earlier position

⁵⁸ Ruling of the Italian Supreme Court of 21.1.2010, n. 997 (on traffic law). In more recent case law cf. Cass. Civ., Sez. VI, ordinanza 2.2.2018, n. 2644: "Le spese sostenute dalla vittima di un sinistro stradale per remunerare l'avvocato al quale si sia rivolta per avere assistenza stragiudiziale, costituiscono una ordinaria ipotesi di danno emergente, di cui all'art. 1223 c.c." Even outside of road traffic law, confirmed in Cass. Civ., Sez. I, 18/07/2017, n. 16990.

⁵⁹ Cf. A. GUALANDI, op cit., p. 11; L. PALIERO, op cit., Vol. I, Art. 92, para. I, No. 4.

⁶⁰ Art. 1.223 CCIt: "Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta."

⁶¹ Cass. Civ., Sez. III, 29/05/2015, n. 11154; L. PALIERO, op cit., Vol. I, Art. 92, para. I, Nr. 4.

⁶² Cass. Civ., Sez. III, 29/05/2015, n. 11154.

⁶³ R.H. DE BOCK, op cit., Art. 241, margin number 3.

⁶⁴ Occasionally "Vertretbarkeit" is also spoken of, cf. IPG-Gutachten 2015-2017, No. 18, margin number 76 et seq.

⁶⁵ S.D. LINDENBERGH, op cit., Art. 6:96 BW, margin number 3.

⁶⁶ S.D. LINDENBERGH, op cit., Art. 6:96 BW, margin number 4.

⁶⁷ O. MUTHORST, in: F. STEIN / M. JONAS (Eds.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Mohr Siebeck, 23. Ed. 2017, Vol 2, §§ 78-147, Vor § 91, margin number 20 wants to limit the amount of the substantive claim for reimbursement of costs "in application of § 91 [ZPO]" to the costs that were necessary for the appropriate prosecution of the action; in the same way R. HALLER, "Der materielle Kostenerstattungsanspruch", en: *JurBüro*, 1997, p. 342, 344. The case law, on the other hand, is against the substantive claim for reimbursement of costs by procedural law being limited, cf. BGH NJW 1976, 1256, 1257 and weighty voices in German legal doctrine, cf. E. BECKER-EBERHARD, op cit., p. 193; H. KONZEN, *Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien: Studien zur Wechselwirkung von Zivil- und Prozeßrecht bei der Bewertung und den Rechtsfolgen prozeßerheblichen Parteiverhaltens*, Duncker & Humblot, 1976, p. 208; in general also H. ROTH, „Prozessualer und materieller Kostenersatz“, in: J. ADOLPHSEN (Ed.), op cit., p. 529, 536 and T. HÖSL, *Kostenerstattung bei außerprozessualer Verteidigung gegen unberechtigte Rechtsverfolgung*, Heymanns, 2004, p. 160 as well as J. BAUERSCHMIDT, "Der materiell-rechtliche Anspruch auf Erstattung von Rechtsanwaltskosten", en: *Juristische Schulung*, 2011, p. 601, 602. According to B. PÜHMEYER, op cit., p. 91, 96 a limitation of the substantive claim for reimbursement of costs is already effected by § 254 BGB and thus not by procedural law. K. v. EICKEN, "Erstattungsfähigkeit vorprozessualer Gutachten und Anwaltskosten", en: W. RAUER (Ed.), op cit., p. 11, 12 speaks of an "interdependence of procedural and substantive cost reimbursement claims". On further limitations of the substantive cost reimbursement claim cf. K.J. GÖTZ, OP CIT., p. 114 ET SEQ. ACCORDING TO B.-R. SONNEN, *Kostenentscheidung und materielles Recht*, 1971, p. 135, strictly speaking, there are not two independent claims for reimbursement of costs, "but only a single claim founded several grounds".

of the *Reichsgericht*⁶⁸ – it is assumed that the reimbursement of costs under procedural and substantive law can be juxtaposed.⁶⁹ Procedural law does not prohibit reimbursement of costs under substantive law.⁷⁰ A procedural cost reimbursement claim only displaces claims under substantive law to the extent that the procedural and substantive claims overlap in scope. Procedural claims take precedence as the procedural system has priority.⁷¹ This means that *Kosten des Rechtsstreits* are to be enforced primarily using procedure for the determination of costs (*Kostenfestsetzungsverfahren*) pursuant to §§ 103 et seq. ZPO.⁷² There is no legitimate interest for a substantive claim.⁷³ In cases where it is unclear whether reimbursement under substantive law is examinable in light of the procedural law position, two criteria are used: the scope of the procedural law⁷⁴ and the objective to limit the cost burden.⁷⁵ Reading § 91 ZPO in its historical context also speaks in favour of the fundamental juxtaposition of procedural and substantive reimbursement of costs,⁷⁶ in addition to an *argumentum e contrario* to § 12a (1) sentence 1 of the German *Arbeitsgerichtsgesetz* (ArbGG).⁷⁷ This is because the explanatory memorandum to § 85 *Civilprozeßordnung* (the predecessor regulation to § 91 ZPO) points out the admissibility of examinations of substantive claims for reimbursement of costs in addition to procedural ones. The reimbursement of costs under substantive law thus closes the gap left by the procedural reimbursement system, specifically gaps regarding reimbursement of pecuniary expenses not directly related to litigation.⁷⁸ Together, the

⁶⁸ RGZ 130, 217, 219: Kosten, die nicht in dem durch die Zivilprozeßordnung geregelten Verfahren geltend gemacht oder die dort aberkannt worden sind, können somit überhaupt nicht ersetzt verlangt werden.

⁶⁹ BGH NJW 1976, 1256, 1257; BGH NJW 2011, 2966, 2968; BGH NJW 2013, 2201, 2202; BGH NJW 2020, 399; E. BECKER-EBERHARD, op cit., p. 139 et seq.; S. SCHNITZER, Die schadensrechtliche Ersatzfähigkeit außergerichtlicher Rechtsverfolgungsschritte, Deutscher Anwaltverlag, 2000, p. 27 et seq.; J. HAU, „The winner takes it all? – Die anwaltliche Vergütungsvereinbarung im deutschen System der Prozesskostenerstattung“, en: *JuristenZeitung*, 2011, p. 1047, 1051; F. HOFFMANN, „Defizite im Recht der Prozesskostenerstattung – Erledigung und »materiell-rechtliche« Kostenerstattungspflichten“, en: *Zeitschrift für Zivilprozess*, 2012, p. 345, 362; K. RUESS, op cit, p. 313; E. SCHNEIDER, op cit., p. 354; K. FISCHER, op cit., p. 694, 696; R. HALLER, op cit., p. 342; I. EBERT, in: H.M. WESTERMANN ET AL (Eds.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VbVG, VersAusglG und WEG, OttoSchmidt, 16. Ed. 2010, § 249, margin number 94; H. OETKER, in: F.J. SÄCKER ET AL. (Ed.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Vol. 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241-310), C.H. Beck, 8. Ed. 2019, § 249, margin number 186; C. GRÜNEBERG, in: O. PALANDT (Ed.), Bürgerliches Gesetzbuch, C.H. Beck, 79. Ed. 2020, § 249, margin number 56; SCHIEMANN, in: J.V. STAUDINGER (Ed.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, OttoSchmidt, 15. Ed. 2017, Vol. 2: Recht der Schuldverhältnisse (§§ 249-254), § 251, margin number 115; J. EKKENGA / T. KUNTZ, en: H.T. SOERGEL (Ed.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Vol. 3/2 §§ 243-304, Kohlhammer, 13. Ed. 2014, § 249, margin number 126; S. MÜLLER-RABE, in: W. GEROLD / H. SCHMIDT (Eds.), op cit., § 1, margin number 235; S. SMID / S. HARTMANN, en: B. WIECZOREK / R.A. SCHÜTZE (Eds.), op cit., Vor § 91, margin number 9; A. SCHULZ, en: T. RAUSCHER / W. KRÜGER (Eds.), op cit., Vor § 91, margin number 20; B. GEHLE, en: A. BAUMBACH / W. LAUTERBACH (Eds.), op cit., margin number 44; K. HERGET, in: R. ZÖLLER (Ed.), op cit., margin number 11; N. GOLDBECK, in: C. KERN / D. DIEHM (Eds.), op cit., margin number 14 et seq.; F.O. FLOCKENHAUS, en: H.J. MUSIELAK / W. VOIT (Eds.), op cit., margin number 13; O. MUTHORST, in: F. STEIN / M. JONAS (Eds.), op cit., margin number 19; K. JASPERSEN, en: V. VORWERK / C. WOLF (Eds.), op cit., § 91, margin number 40; R. BRIESKE, Erstattung von Anwaltsgebühren durch Gegner und Dritte, C.H. Beck, 1987, p. 109; K. ROUSSOS, Schaden und Folgeschaden: Die systematischen und die Wertungsgrundlagen der Schadenszurechnung, Heymann, 1992, p. 372; H. KONZEN, op cit., p. 205 et seq.; WOLF, „Materiellrechtliche Kostenerstattung im kostenrechtlichen Gewand“, in: W. GERHARDT (Ed.), *Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995*, De Gruyter, 1995, p. 911, 912 et seq.; T. HÖSL, op cit., p. 13; B. PÜHMEYER, op cit., p. 58, 96; B. SEIDL, Anspruchsberühmung: Erstattungsfähigkeit außergerichtlicher Rechtsverteidigungskosten bei unberechtigter Geltendmachung von Ansprüchen, Herbert Utz Verlag, 2014, p. 28; H. DAHLITZ, Kostentragungspflicht im deutschen und englischen Zivilprozessrecht, Peter Lang, 2018, p. 27; L. ROSENBERG / K.H. SCHWAB / P. GOTTWALD, Zivilprozessrecht, C.H. Beck, 18. Ed. 2018, § 84, margin number 10.

⁷⁰ B. GEHLE, en: A. BAUMBACH / W. LAUTERBACH (Eds.), op cit., margin number 43.

⁷¹ R. DITTMAR, op. cit., p. 2088, 2089.

⁷² K. RUESS, op cit., p. 313; K. FISCHER, op cit., p. 694, 697; I. EBERT, in: H.M. WESTERMANN ET AL (Eds.), op cit., § 249, margin number 95. Critical of the principle of priority of procedural reimbursement of costs H. ROTH, „Prozessualer und materieller Kostenersatz“, in: J. ADOLPHSEN (Ed.), op cit., p. 529, 537; more on the procedure for fixing costs R. STOFFREGEN, Der zivilprozessuale Kostenerstattungsanspruch und seine Durchsetzung nach den §§ 103 ff. ZPO, en: *Juristische Schulung*, 2010, p. 401 et seq.

⁷³ K. RUESS, op cit., p. 313; R. STOFFREGEN, op cit., p. 401.

⁷⁴ K.-G. LORITZ, Die Konkurrenz materiellrechtlicher Ersatzansprüche und prozessualer Kostenerstattungsansprüche und -normen bei Anspruchsentstehung und -durchsetzung, Heymann, 1981, p. 132.

⁷⁵ K.-G. LORITZ, op cit., p. 198; B. PÜHMEYER, op cit., p. 76: „Risikoabgrenzung“.

⁷⁶ A. SIEBERT-REIMER, op cit., p. 97.

⁷⁷ J. BAUERSCHMIDT, op cit., p. 601, 602,

⁷⁸ H. ROTH, „Prozessualer und materieller Kostenersatz“, in: J. ADOLPHSEN (Ed.), op cit., p. 529, 537. M. WOLF, op cit., p. 911 expressly speaks of a “need for correction” of the procedural reimbursement of costs.

reimbursement systems provide for full reimbursement of costs.⁷⁹ Full reimbursement is also referred to as “the German cost advantage”.⁸⁰ With regards to the reimbursement of extrajudicial legal costs, this is demonstrated by the fact that, while extrajudicial attorneys' fees are, in principle, reimbursable as preparatory costs under procedural law, if the requisite procedural reference for § 91 (1) ZPO is not given, the reimbursement can be made under substantive law.⁸¹ In the absence of litigation, the reimbursement is immediately made under substantive law.⁸² The claim for compensation under substantive law can be brought as a primary or ancillary claim.⁸³ The basis for cost-reimbursement claims under substantive law may be: the contract, culpa in contrahendo, default (§§ 280 para. 1, para. 2, 286 of the German civil code, *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) or tort law (§§ 823 et seq. BGB).⁸⁴ If the prerequisites⁸⁵ of the substantive claim for reimbursement of costs are fulfilled, the scope of the reimbursement is then determined in accordance with §§ 249 et seq. BGB.⁸⁶ Instructing the attorney must be necessary and expedient⁸⁷ (from the client's point of view).⁸⁸ In particular, the complexity of the case must be taken into account. In “simple” cases, the instruction is only necessary if the injured party is inexperienced or if the settlement of the claim would otherwise be delayed.⁸⁹ In complex cases, necessity can be assumed without further evidence or argument.⁹⁰

3. Classification of Spanish law

9. In *Spanish* law, the procedural reimbursement of costs blocks compensation under substantive law. The *Tribunal Supremo* ruled in a 1995 judgment that:⁹¹ “*No cabe incluir dentro del montante indemnizatorio el correspondiente a las costas y gastos del proceso, puesto que su imposición obedece a criterios procesales [...]*.” The *Tribunal Supremo* assumes that *costas y gastos del proceso* are not at the

⁷⁹ F. HOFFMANN, op cit., p. 345, 362. Decisively against L. HÄSEMAYER, op cit., p. 148 et seq., according to which litigation costs are generally incidental damages that each party (except in the case of intentional immoral damage) must bear itself. This allocation also applies to pre-litigation costs with the consequence that, according to L. HÄSEMAYER, op cit., the (substantive) obligation to compensate for pre-litigation costs must cease. According to C. WENDEHORST, *Anspruch und Ausgleich: Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht*, Mohr Siebeck, 1999, pp. 107 et seq., 149 et seq. legal costs are a “residual disadvantage” (“Restnachteil”) and thus not a materially recoverable consequential damage. Against the extension of the obligation to pay damages under substantive law to legal costs (extrajudicial attorneys' fees) also H. STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht: eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Müller Verlag, 1993, p. 465 et seq.

⁸⁰ W.J. HAU, op cit., 2011, p. 1047.

⁸¹ K. RUESS, op cit., p. 313, 314.

⁸² K. ROUSSOS, op cit., p. 371.

⁸³ On the delimitation and prerequisites K. RUESS, op cit., p. 313, 314 et seq.

⁸⁴ A. SCHULZ, en: T. RAUSCHER / W. KRÜGER (Eds.), op cit., Vor § 91, margin number 19; in detail D. HUNECKE, „Ersatzfähigkeit außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten“, en: *Neue Juristische Wochenschrift*, 2015, 3745 et seq. According to E. SCHNEIDER, op cit., p. 353 the “type and number of substantive bases for claims [...] are in principle unlimited, but have in common that they presuppose fault on the part of the debtor”. In this context, see also R. BRIESKE, op cit., pp. 118 et seq. On the question of whether a substantive claim for reimbursement of costs can be derived from *negotiorum gestio* (Geschäftsführung ohne Auftrag), cf. A. BERGMANN, „Der allgemeine materiellrechtliche Kostenerstattungsanspruch. Die Begründung eines allgemeinen materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruchs bei außergerichtlicher Rechtsdurchsetzung“, *Archiv für civilistische Praxis*, Vol. 211, p 803, 824 and T. HÖSL, op cit., pp. 139 et seq.

⁸⁵ According to T. FELDMANN, “Die Erstattung vorgerichtlicher RA-Kosten”, en: *Recht und Schaden*, 2016, p. 546 a strict distinction has to be made between the relationship between the mandate and the damage when examining the prerequisites of the substantive claims for reimbursement of costs (*Mandats- und Schadensverhältnis*).

⁸⁶ T. FELDMANN, op. cit., p. 546, 549. For more details on the reimbursement of extrajudicial attorneys' fees in road traffic liability claims, see W. NIXDORF, “Kostenerstattung für außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten im Zusammenhang mit Verkehrshaftpflichtschäden”, en: *Versicherungsrecht*, 1995, p. 257 et seq.

⁸⁷ T. FELDMANN, op cit., p. 546, 549. See also on the necessity of the costs H. OETKER, in: F.J. SÄCKER ET AL. (Ed.), op cit., § 249, margin number 181 et seq. and S. MÜLLER-RABE, in: W. GEROLD / H. SCHMIDT (Eds.), op cit., § 1, margin number 262 et seq.

⁸⁸ BGH NJW 2006, 1065 m.w.N.; EKKENGA / T. KUNTZ, en: H.T. SOERTEL (Ed.), op cit., § 249, margin number 119.

⁸⁹ Cf. BGH NJW 2011, 296. In Detail C. WOITKEWITSCH, „Ersatzpflicht für außergerichtliche Rechtsanwalts- und Inkassokosten“, en: *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 2012, p. 500 et seq.

⁹⁰ U. MAGNUS, en: B. DAUNER-LIEB / W. LANGEN (Eds.), *Nomos Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 2/1: §§ 241-610, Deutscher Anwaltverein, 3. Ed. 2016, § 249, margin number 78.

⁹¹ Sentencia Tribunal Supremo of 28.12.1995 (No. 8155), p. 6.

same time damages under substantive law. It follows that attorneys' fees cannot generally be classified as damages under substantive law. Strictly speaking, the judgment only makes a statement about the reimbursability of judicial attorneys' fees and not extrajudicial ones. This is because extrajudicial attorneys' fees are neither to be qualified as *costas procesales* nor as *gastos procesales*,⁹² but sui generis as *gastos extraprocesales* because they are not incurred within the central process (*dentro del proceso*).⁹³ In another context, however, Spanish jurisprudence has judged, with the same reasoning, that extrajudicial costs are to be assessed according to procedural law principles and has thus denied them the character of damage under substantive law. Occasionally, Spanish courts have ruled, for example, in cases of a contractual agreement to cover a counterparty's extrajudicial attorneys' fees, that the allocation of extrajudicial expenses is only regulated and determined by the LEC itself and that the passing on of such expenses is therefore not able to be subject to agreement between contracting parties.⁹⁴ Firstly, it can be argued that the position against reimbursing extrajudicial expenses under LEC principles must not be undermined but subsequent reimbursement under substantive law. Secondly, that the supreme court jurisprudence outlined above does not only apply to *costas y gastos del proceso*, but also to extrajudicial expenses. The same reasoning is used to justify the denial of recovery of extrajudicial attorneys' fees under procedural law: the legal provision in Art. 241 LEC shows the intention of the legislator to limit the number of cost components that are reimbursable and, in any case, only to allow reimbursement in the case of a costs order (*condena en costas*). This legislative intention would be undermined if the cost components that cannot be reimbursed under procedural law were to be reimbursable under substantive law, that is, through the "back door". The legislator's intention to make *gastos procesales* and *gastos extraprocesales* non-refundable in procedural law must therefore also be reflected in substantive law. The non-recoverability of extrajudicial attorneys' fees applies both in procedural law and substantive law. Spanish legal doctrine, on the other hand, is divided. HERRERO PEREZAGUA⁹⁵ – in concordance with the *Tribunal Supremo* – is of the opinion that a dual character of *costas procesales* and *daños* is not possible and justifies this view with two arguments. Firstly, Spanish law explicitly distinguishes between *costas procesales* and *daños*. Secondly, damages have a different origin to *costas procesales*, since

⁹² However, a part of Spanish legal doctrine defends that *gastos procesales* are those which arise because of the process (*por el proceso*), so that extrajudicial attorneys' fees can be qualified as *gastos procesales* as well, cf. J.F. HERRERO PEREZAGUA, *La condena en costas. Procesos declarativos civiles*, Ed. J.M. Bosch, 1994, p. 32; *IBIDEM*, *Acceso a la justicia, costas y asistencia jurídica en el proceso civil español*, Anuario de Derecho Civil, Vol. LX, 2007, fasc. II, pp. 553, 585; *IBIDEM*, "La representación y defensa de las partes y las costas en el proceso civil", *La Ley*, 2002, p. 131; *IBIDEM*, in: F. CORDÓN MORENO / T. ARMANTA DEU / J.J. MUERZA ESPARZA (Eds.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Arazandi, 2011, Vol. I, Art. 241, para I.; G. CHIOVENDA, *op cit.*, p. 469; J.M. LÓPEZ GIL, in: J.A. ROBLES GARZÓN (Ed.), *op cit.*, p. 160; J. BANACLOCHE PALAO, in: J. BANACLOCHE PALAO / I.J. CUBILLO LÓPEZ (Eds.), *Aspectos fundamentales de Derecho procesal civil*, *La Ley*, 4. Ed. 2018, p. 169; R. JUAN SÁNCHEZ, in: M. ORTELLS RAMOS (Ed.), *Derecho procesal civil*, Arazandi, 3. Ed. 2002, p. 692; J. VEGAS TORRES, in: A. DE LA OLIVA SANTOS ET AL (Eds.), *Derecho Procesal Introducción*, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2. Ed. 1999, p. 388; F. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios Civiles*, Atelier, 2008, Vol. II, p. 832; A. GARCÍA MARTÍNEZ, "Las costas en los procesos declarativos", in: E. LÓPEZ LÓPEZ / M.E. ALEGRET BURGÚES, *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 367, 369 et seq.; O. FUENTES SORIANO, in: J.M. ASENCIO MELLADO (Ed.), *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*, *La Ley*, 2013, Art. 241, para 2; *IBIDEM*, in: V. GIMENO SENDRA (Ed.), *Proceso civil práctico*, Arazandi, 3. Ed. 2008, Vol. III, Art. 241, para II; *IBIDEM*, *Las costas en la nueva LEC*, *op. cit.*, p. 22; E. CALVO ALFONSÍN, in: I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ / J. MARTÍNEZ-SIMANCAS y SÁNCHEZ (Eds.), *ESTUDIOS SOBRE DERECHO PROCESAL*, ED. BANCO CENTRAL HISPANOAMERICANO, 1996, VOL. I, p. 353; V. FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina general del derecho procesal. Hacia una Teoría y Ley procesal generales*, Bosch, 1990, p. 544 et seq. (related to the previous law); M.L. FREIRE DIÉGUEZ, *La tasación de costas en el orden jurisdiccional civil*, Ed. Tecnos, 2003, p. 16; F. TORIBIOS FUENTES, *Prácticum proceso civil*, Ed. Thomson Reuters, 2018, p. 154; L. MARTÍN CONTRERAS, *Las costas procesales*, Bosch, 2015, p. 41; A. DE LA OLIVA SANTOS, in: A. DE LA OLIVA SANTOS / M.A. FERNÁNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, Ed. UNIVERSITARIA RAMÓN ARECES, 4. Ed. 1995, VOL. I, p. 535; L. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Arazandi, 2. Ed. 1985, Vol. II, p. 942.

⁹³ I.E. Spanish jurisprudence, cf. SAP Baleares of 17.2.1999 (No. 280) and parts of Spanish legal doctrine, cf. L. MUÑOZ GONZÁLEZ, *LAS COSTAS*, p. 28 et seq.; A. GÓMEZ RODRÍGUEZ, "Costas Procesales", in: *Diario La Ley*, núm. 8072, 29.4.2013, para. II.1.; J. MARTÍ MARTÍ, "Las costas y gastos en el proceso", *Diario La Ley*, no. 7751, 9.12.2011, para I.; A. MARTÍNEZ GARCÍA / F.J. CREMADES LÓPEZ DE TERUEL / M.M. ROMERO PÉREZ ET AL. (Eds.), *Costas y gastos procesales. Cuando el Tribunal Supremo miró a Europa*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2014, p. 26; M. MARTÍNEZ GONZÁLEZ / L. PEDROSA PRECIADO, *Manual práctico sobre la tasación de costas procesales*, Ediciones Experiencia, 2013, p. 24.

⁹⁴ SAP Badajoz of 8.11.2018 (No. 988), p. 3.

⁹⁵ J.F. HERRERO PEREZAGUA, *La condena en costas. Procesos declarativos civiles*, *op cit.*, p. 39.

costas procesales arise out of the legal process itself whereas *daños* are losses originating outside the process. *Costas* and *daños* are thus two different and independent categories. The concept of damage is no broader than the concept of legal costs. Therefore, items that are not covered by the restricted concept of *costas procesales* cannot be “absorbed” by the concept of damages.⁹⁶ ASÚA GONZÁLEZ⁹⁷ on the other hand, argues that expenses incurred in preparation for proceedings that are not *costas procesales* pursuant to Art. 241 para. 1 subpara. 1 LEC are to be classified as pecuniary loss (*daño emergente*).⁹⁸ Formulated the other way round, this statement means that *gastos procesales* under Art. 241 para. 1 UAbs. 1 LEC and *gastos extraprocesales* are recoverable under substantive law. Since extrajudicial attorneys' fees are a component of extrajudicial expenses, it is admissible to conclude *a maiore ad minus* that extrajudicial attorneys' fees are reimbursable according to substantive law principles. Admittedly, the author, like HERRERO PEREZAGUA, believes that a cost component cannot belong to the procedural concept of costs and the material concept of damage at the same time, and that it therefore cannot have dual character. However, ASÚA GONZÁLEZ holds that cost components that are not covered by the restricted procedural reimbursement of costs can be the subject of a substantive reimbursement. According to her, there should be no blocking of the the substantive reimbursement of costs by procedural law. As a result, however, on the basis of Spanish Supreme Court jurisprudence, extrajudicial attorneys' fees in Spanish law are recoverable under neither procedural law nor substantive law.

IV. Arguments against procedural law blocking reimbursement under substantive law

10. There are convincing arguments against the ability of procedural law to block reimbursement of costs under substantive law. First, procedural law and substantive law are separate and have different objectives. The non-recoverability under procedural law principles makes no statement as to whether or not such costs are reimbursable under substantive law. Court orders to pay costs are based on the principle of the unsuccessful party liability (“who loses, pays”) and do not serve to enforce alleged liability which is founded in a sham claim rather than the fault of the defending party. Therefore, attorneys' fees should be classified as *costas procesales* in the context of procedural law according to Art. 241 para. 1 subpara. 1 no. 1 LEC and at the same time as compensable pecuniary loss (*daño emergente*) under substantive law. In the same way, extrajudicial attorneys' fees should be qualified as *gastos extraprocesales* under procedural law and as *daño emergente* under substantive law. The legislative decision only to reimburse *costas procesales* under procedural law does not affect substantive law. The question of whether the substantive requirements for a claim for damages are met is to be answered by substantive law, uninfluenced by procedural law. Secondly, the denial of substantive claims directed at the reimbursement of extrajudicial attorneys' fees would create a legal protection gap for the party that is financially burdened by their payment. The gap in legal protection arises from the fact that neither a procedural (factually non-existent) nor a substantive (blocked) claim for reimbursement of costs would exist. The burdened party would be left without legal protection as a result of the denial of both claims. This gap in legal protection is not filled by the reimbursement of *costas procesales* to the winning party. This is because the procedural claim for reimbursement is only directed towards the reimbursement of attorneys' fees incurred in the proceedings themselves (Art. 241 para. 1 subpara. 1 no. 1 LEC). The financial loss associated with pre-judicial attorneys' fees is therefore not fully or partially compensated for by the procedural claim. Thirdly, the displacement of substantive law causes contradictions which speak against the blocking effect of procedural law. It would be paradoxical that, in the case of a costs order, the costs debtor is exempted from the obligation to pay compensation under substantive law whereas, without litigation, there would be no blocking effect and any claims ordinarily available in subs-

⁹⁶ See for the whole J.F. HERRERO PEREZAGUA, *La condena en costas. Procesos declarativos civiles*, op cit., p. 39.

⁹⁷ C. ASÚA GONZÁLEZ, in: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Ed.), *Comentarios al Código Civil, Aranzadi*, 2013, Vol. VI, Vol. VI, Art. 1.106, para. 3.

⁹⁸ C. ASÚA GONZÁLEZ, in: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Ed.), op. cit., Art. 1.106, para. 3: “Los supuestos de la *pérdida* pueden ser muy diversos, por ejemplo: [...] costes [...] de preparación del proceso que no constituyan *gastos del proceso* [corrected later, meant is: *costas del proceso*] ex Art. 241.1. LEC”.

tantive law would be available to the claimant (including claims for recovery of extrajudicial attorneys' fees). In effect, the costs debtor would be benefitted by the existence of a trial.⁹⁹ The fourth argument against the blocking effect is that extrajudicial expenses are not explicitly mentioned by Art. 241 LEC. This rule only speaks of *costas y gastos procesales*. Thus, only two categories of costs are regulated by positive law: *costas procesales* and *gastos procesales*. The category of *gastos extraprocesales* has been developed by case law and legal doctrine and, if it exists, exists as a third category, *sui generis*. Art. 241 para. 1 UAbs. 1 LEC does not itself speak of *gastos extraprocesales*. If the law does not provide for the category of *gastos extraprocesales*, it follows that this category is not to be confined to the exclusive jurisdiction of procedural law.

V. Further arguments for applicability of substantive law

11. In addition, there are further arguments in favour of substantive law being applicable to the question of reimbursement of extrajudicial attorney fees. Firstly, a legislative intention that extrajudicial attorneys' fees should never be reimbursed may be achieved without blocking the applicability of substantive law but by denying all claims for reimbursement of costs under substantive law. The inability to seek reimbursement of extrajudicial attorneys' fees should be based on the denial of claims for compensation under substantive law and not on an outright refusal of their examination. Secondly, the value judgement made in procedural law, according to which the prevailing party can only demand reimbursement of a limited number of costs from the cost debtor, is a valuation that cannot be justified in substantive law. In contrast, substantive civil law is based on the value judgement that the tortfeasor must in principle compensate the injured party for the damage incurred (for example, when a contractual duty is breached or there is non-contractual damage).¹⁰⁰ The grounds on which restriction of protection of a person's property is legitimate are unclear. Thirdly, it is not apparent that the procedural reimbursement of costs under Art. 241 et seq., 394 LEC is intended to protect the cost debtor from a claim for reimbursement under substantive law. The fact that legal proceedings have commenced should not serve to protect the debtor from valid claims under substantive law. If a person is liable for damages under substantive law, that person must expect to have to compensate their counterparty. The tortfeasor is not worthy of protection from their obligation to compensate in this case. Substantive law decides solely on the basis of its value judgements and its appraisal of the balance of interests whether the tortfeasor is obliged to compensate the damage. There is no reason to additionally limit their obligation to pay under procedural principles. It is true that the law governing procedural reimbursement of costs in Spanish law includes protective mechanisms to limit the cost burden of the cost debtor. These protective mechanisms include, for example, the limitation to reimbursement of *costas procesales* and not *gastos procesales*, the limitation of attorneys' and experts' fees to one third of the amount in dispute pursuant to Art. 394 para. 3 LEC and, in terms of legal protection, an intensive challenge procedure (*impugnación*) within the determination of costs framework (*tasación de costas*) pursuant to Art. 245 LEC and Art. 246 LEC. However, these protective mechanisms only limit the cost burden according to procedural law principles. The aforementioned regulations which provide protection to the cost debtor do not contain any further statement to the effect that the cost burden of the cost debtor should also be limited according to substantive law. This conclusion is also supported by the fact that procedural law and substantive law are based on different valuation standards. In procedural law, the value of procedural economy prevails, whereas in substantive law, the interest of the injured party in restitution is decisive.¹⁰¹ In procedural law, the value placed on procedural economy means that the parameters for reimbursement of costs are narrower than in substantive law.¹⁰² Contrastingly, extrajudicial attorneys' fees must be fully recovered

⁹⁹ However, at least with regard to Spanish law, this argumentation is unlikely to be entirely convincing, because even without a *condena en costas*, i.e. without a trial, there is probably no substantive claim for reimbursement of costs *de lege lata*.

¹⁰⁰ A. ROBERTSON, in: A. ROBERTSON / H.W. TANG, *The Goals of Private Law*, Bloomsbury Publishing, 2009, p. 1 et seq.

¹⁰¹ K. ROUSSOS, *op cit.*, p. 374.

¹⁰² K. ROUSSOS, *op cit.*, p. 376.

under substantive law because, in substantive law, the concept of compensation is paramount. Therefore, the procedural reimbursement of costs in Spanish law should correctly not lead to a limitation on the cost burden in favour of the cost debtor with regard to the reimbursement of extrajudicial attorneys' fees.

VI. Disadvantages of the current legal situation in Spain

12. The lack of recoverability of extrajudicial attorneys' fees in Spanish law has disadvantages. Firstly, it constitutes a legal impediment to access to justice (*acceso a la justicia*). A legal impediment means the complete exclusion or at least an impediment to taking legal action, for example due to economic or sociological hurdles.¹⁰³ Access to justice may be impeded by, in particular, the charging of court fees or the bearing of legal costs by the parties.¹⁰⁴ In such cases, the financial burden creates a risk that the parties will refrain from asserting their rights and claims.¹⁰⁵ Impediments, such as those created by fees and legal costs is permissible insofar as it is intended to counteract excessive recourse to courts.¹⁰⁶ Generally, the impediment posed to legal action is, however, lessened by the fact that, in general, a decision on costs allows the successful party to claim reimbursement of its legal costs from its opponent.¹⁰⁷ However, the impediment remains in place in Spanish law in part because the costs order under Spanish law only covers the *costas procesales*.¹⁰⁸ In a legal system where the winning party to a dispute is unable to seek reimbursement of extrajudicial attorneys' fees, a claimant wishing to hire an attorney to appraise and enforce their claim will have to weigh up costs and benefits differently. In the case of a low-value claim, the extrajudicial attorneys' fees spent are usually disproportionately high when compared to the claim value.¹⁰⁹ Despite a possible procedural claim for reimbursement of *costas procesales*, the financial burden of extrajudicial attorneys' fees remains. There is a risk that the claims will not be asserted.¹¹⁰ The creditor is "deprived of any reasonable legal protection".¹¹¹ The bar to access to justice is also not removed by the possibility of granting legal aid.¹¹² A second disadvantage of this legal arrangement is that the monies paid in extrajudicial attorneys' fees by an individual defending a sham claim, must be

¹⁰³ M.J. ARIZA COLMENAREJO, *Las costas en el proceso penal*, Ed. Comares, 1998, p. 9. For the distinction between a subjective-absolute cost blocking (*Kostensperre*) and an objective-relative cost blocking, cf. C. WOLF, "Steuerung des Zivilprozesses durch Streitwert- und Kostenrecht", in: *Zeitschrift für Zivilprozess*, Vol. 128, no. 1, 2015, p. 69, 79 et seq.

¹⁰⁴ M. LUPANO, *Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, Ed. Giappichelli, 2013, p. 113 et seq.; D. DESSARD, "La répétibilité des honoraires et frais d'avocat: un accouchement dans la douleur...", in: G. DE LEVAL / F. GEORGES (Eds.), op cit., p. 55, 60; C. DREXEL, *Der Zugang zum Recht: eine Untersuchung ausgewählter Regelungen der Zivilgerichtsbarkeit am Maßstab von Art. 6 EMRK und Art. 47 GRC*, Jan Sramek Verlag, 2016, p. 116 et seq.; G. BAUMGÄRTEL, op. cit., p. 118 et seq.; J.F. HERRERO PEREZAGUA, *Acceso a la justicia, costas y asistencia jurídica en el proceso civil español*, op cit., p. 553, 578 et seq.; F. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, *Abogacía y proceso*, 1988, p. 216; E. BOKELMANN, "Rechtswegsperre durch Prozeßkosten", in: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1973, p. 164; B. STÄHELIN, "Prozesskostenrisiko vs. Anspruch auf Zugang zum Recht", *sui-generis* 2018, p. 20, 24 (margin number 12).

¹⁰⁵ C. CIERCO SEIRA, "Las costas procesales y el derecho de acceso a la justicia administrativa", in: J. AGUDO GONZÁLEZ (Ed.), *Control administrativo y justicia administrativa*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 2016, p. 103, 127.

¹⁰⁶ Sentencia Tribunal Constitucional of 16.2.1994 (No. 48).

¹⁰⁷ J.F. HERRERO PEREZAGUA, *Acceso a la justicia, costas y asistencia jurídica en el proceso civil español*, op cit., p. 553, 580; M.L. FREIRE DIÉGUEZ, op cit., p. 13.

¹⁰⁸ R. JUAN SÁNCHEZ, in: M. ORTELLS RAMOS (Ed.), op cit., p. 698.

¹⁰⁹ R.A. SCHÜTZE, *Rechtsverfolgung im Ausland. Prozessführung vor ausländischen Gerichten und Schiedsgerichten*, De Gruyter, 5. Ed. 2016, margin number 63 speaks of economic impossibility if costs are not reimbursed for low amounts in dispute, in the same way R.A. SCHÜTZE, "Armenrecht, Kostenerstattung und faires Verfahren", in: A. BAMMER / G. HOLZINGER / M. VOGL / G. WENDA (Eds.), *Rechtsschutz gestern – heute – morgen. Festgabe zum 80. Geburtstag von Rudolf Machacek und Franz Matscher*, Verlag NWV, 2008, pp. 919, 924.

¹¹⁰ A. BERGMANN, op cit., p. 803, 807: „Der Ersatz der eigenen Rechtsverfolgungskosten schafft Anreiz für sein besseres Recht zu kämpfen, die Kostentragungspflicht im Unterliegensfall gemahnt gleichzeitig zur Zurückhaltung bei der Postulierung zweifelhafter Rechtspositionen.“

¹¹¹ R.A. SCHÜTZE, *Rechtsverfolgung im Ausland. Prozessführung vor ausländischen Gerichten und Schiedsgerichten*, op. cit., margin number 344.

¹¹² See for argumentation in German law A. SIEBERT-REIMER, op cit., p. 58 et seq.; M. REHBINDER, "Die Kosten der Rechtsverfolgung als Zugangsbarriere der Rechtspflege", in: M. REHBINDER (Ed.), *Abhandlungen zur Rechtssoziologie*, Duncker & Humblot, 1995, p. 95, 97 et seq.

borne by that person.¹¹³ This is inequitable; in the case that a party brings an unjustified claim (*Anspruchsberühmung*), they should bear the costs,¹¹⁴ including, extrajudicial attorneys' fees. In reality, there is no claim for reimbursement against the initiator of the unjustified claim. Thirdly, the non-reimbursement of extrajudicial attorneys' fees in substantive law is inconsistent with the value judgements embodied in substantive law. This issue does not arise for procedural law because the procedural claim for reimbursement of costs is rooted in a procedural legal relationship between the parties and thus only should cover the costs that have arisen within the procedural legal relationship.¹¹⁵ In contrast, the non-recoverability under substantive law is inconsistent with the purpose of substantive law on damages, i.e. to compensate for losses if the injured party ought not be burdened with them. Extrajudicial attorneys' fees are a loss that is not recoverable under Spanish law. They should be recoverable as consequential damages to the same extent as other secondary damage to the property of an injured party is recoverable. Furthermore, the proposition in Spanish jurisprudence that the possibility of secondary proceedings for the claim of legal fees would amount to an uneconomical concatenation of lawsuits is misled. It is in-keeping with and a natural consequence of the practice that lawsuits are open to appeal. Nor is there any inconsistency in the proposal that attorneys' costs are to be reimbursed without a cap, given the cap on costs would be limited by the possibility of challenge (*impugnación de la tasación*) by the opposing party according to procedural law principles (Art. 244 seq. LEC). This is because substantive claims for reimbursement can and should also be limited in terms of amount, for example based on a necessity evaluation. Eventually, there are two further arguments in favour of extrajudicial attorneys' fees being recoverable under substantive law. Firstly, the non-recoverability leads to the winning party in the lawsuit only being "half victorious",¹¹⁶ i.e. only achieving a Pyrrhic victory.¹¹⁷ Secondly, there is no objective reason for unequal treatment of judicial and extrajudicial legal (attorneys') fees.¹¹⁸

VII. Approaches de lege ferenda

13. *De lege ferenda*, several approaches can be considered. Approaches aimed at extending the procedural reimbursement of costs to extrajudicial attorneys' fees by way of a reform or an analogous application of Art. 241 LEC must be rejected because there is no need for them. Permitting reimbursement of costs under substantive law on the basis of Art. 1.106 CC is preferable because extrajudicial attorneys' fees are then properly classified as damages under substantive law. Concerns regarding this view are expressed in European legal doctrine, for example on the basis of comparative law considerations,¹¹⁹ because extrajudicial attorneys' fees are not a consequence of the specific risk of another party's infringement, but are part of the general risk of asserting one's own rights,¹²⁰ and because otherwise plaintiff and defendant are treated unequally.¹²¹ However, these arguments are not convincing. Drawing analogy

¹¹³ R. JUAN SÁNCHEZ, in: M. ORTELLS RAMOS (Ed.), op cit., p. 698; M.C. CALVO SÁNCHEZ, "El coste de la justicia: especial referencia a las costas en los procesos declarativos de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil", in: S. PASTOR PRIETO / V. MORENO CATENA (Eds.), *El coste de la justicia*, Dykinson, 2002, pp. 75, 88; M.C. CALVO SÁNCHEZ, "La doctrina de la Sala Primera en materia de costas procesales", in: V. GIMENO SENDRA (Ed.), op cit., p. 705, 715.

¹¹⁴ In the end rejecting J. VEGAS TORRES, in: DE LA OLIVA SANTOS ET AL (Eds.), op cit., p. 387.

¹¹⁵ About the criticism G. CHIOVENDA, op cit., p. 469.

¹¹⁶ F.-X. LICARI, « Les frais d'avocat comme dommage réparable », *Revue Lamy Droit Civil*, 10/2006, Nr. 31, p. 66, 67: « Celui qui gagne un procès en contrefaçon mais ne peut recouvrer ses frais d'avocats et d'experts souvent très élevés ne remporte qu'une demi-victoire bien coûteuse. »

¹¹⁷ R.A. SCHÜTZE, *Rechtsverfolgung im Ausland. Prozessführung vor ausländischen Gerichten und Schiedsgerichten*, op cit., margin number 63.

¹¹⁸ P. JÄGGI, „Rechtsgutachten Peter Jäggi zum Ersatz der vorprozessualen Vertretungskosten im Schadensfall“, *Schweizerische Versicherungszeitschrift*, 1995, p. 267, 273 et seq.

¹¹⁹ H. STOLL, op cit., p. 468.

¹²⁰ C. WENDEHORST, op cit., p. 108; M. JÄGER, op cit., p. 159; I. SCHWENZER, "Rechtsverfolgungskosten als Schaden?", in: P. GAUCH / F. WERRO / F. PICHONNAZ (Eds.), *Melanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Schulthess Juristische Medien, 2008, p. 417, 424 et seq.; H. STOLL, op cit., p. 466.

¹²¹ M. JÄGER, op cit., p. 160.

to US and French law is not convincing because, in German¹²², Swiss¹²³, Austrian¹²⁴ and Italian¹²⁵ law, legal costs can be damages under substantive law.¹²⁶ Legal costs also have the sufficient causal link to the damage and arise due to the infringement of a right.¹²⁷ Costs for (pre-litigation) legal action serve to avert or eliminate the detrimental consequences of the injury.¹²⁸ Finally, the argument regarding unequal treatment between plaintiff and defendant is countered by the fact that this alleged unequal treatment is inherent in the system of asset protection.¹²⁹ Thus, a substantive claim for reimbursement of extrajudicial attorneys' fees based on Art. 1.106 CC (*daño emergente*) ought to be admitted under Spanish law *de lege ferenda*. The amount of the claim should be limited to necessary and appropriate attorneys' fees.

VIII. Conclusion

14. In conclusion, the Spanish legal system – as well as the French, Italian, Portuguese, Belgian and Dutch – is a legal system that does not reimburse extrajudicial attorneys' fees by way of a procedural claim. This is a common stance in Romanesque legal systems. Whether substantive claims for reimbursement of out-of-court attorneys' fees can be examined alongside a procedural reimbursement of costs is a question of the relationship between the procedural and substantive reimbursement systems. In the European context, some legal systems affirm a blocking effect by which procedural law precludes application of substantive law; others allow substantive claims for reimbursement of costs in addition to the reimbursement of costs under procedural law. In Spanish law, claims for the reimbursement of non-procedural attorneys' fees under substantive law cannot be examined in addition to the reimbursement of costs under procedural law. The justifications for this position, in Spain and elsewhere, are not convincing. Despite some isolated critical voices in Spanish legal doctrine, Spanish jurisprudence does not classify (extrajudicial) attorneys' fees as damages under substantive law. As explored above, the current legal situation in Spain has several disadvantages. The possibility of harmonising the law internationally with regard to the question of the recoverability of extrajudicial attorneys' fees argues in favour of allowing a substantive claim for reimbursement of costs in Spanish civil law on the basis of Art. 1.101 CC or Art. 1.902 CC and classifying extrajudicial attorneys' fees as damage (*daño emergente*) according to Art. 1.106 Alt. 1 CC. The compensation of extrajudicial attorneys' fees should be limited to necessary and appropriate costs.

¹²² Permanent case law since BGH NJW 1959, 1631; also the prevailing doctrine, cf. SCHIEMANN, in: J.V. STAUDINGER (Ed.), op cit., § 251, margin number 120 with further references; H. LANGE / G. SCHIEMANN, Schadensersatz, Mohr Siebeck, 3. Ed. 2003, p. 383; S. MÜLLER-RABE, in: W. GEROLD / H. SCHMIDT (Eds.), op cit., § 1, margin number 238; K. ROUSSOS, op cit., p. 369 uses in this context the term of the „Aufwendungsschaden“. Against the recoverability in particular H. STOLL, op cit., p. 466 et seq.; C. WENDEHORST, op cit., p. 107 (non-recoverable „Restnachteil“) and L. HÄSEMAYER, op cit., p. 148 et seq.

¹²³ W.C. WEBER, Die Prozessentschädigung mit besonderem Bezug auf ihre Ausgestaltung im zürcherischen Zivilprozess, 1990, p. 126 et seq. With further references; P. JÄGGI, op cit., p. 267, 268.

¹²⁴ A. GEROLDINGER, Der mutwillige Rechtsstreit. Schadensersatzansprüche der Parteien wegen materiell rechtswidriger Prozessführung, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2017, p. 167 et seq.; IPG-Gutachten 2015-2017, No. 20, margin number 161, 163.

¹²⁵ Cass. Civ., Sez. VI, ordinanza of 2.2.2018, n. 2644; A. GUALANDI, op cit., p. 11.

¹²⁶ For comparative law on English and US law, see also M. JÄGER, op cit., p. 147 et seq.

¹²⁷ S. SCHNITZER, op cit., p. 56.

¹²⁸ P. JÄGGI, op cit., p. 267, 269.

¹²⁹ A. BERGMANN, op cit., 803, 843.

La incidencia del derecho de consumo en el crowdfunding financiero

The incidence of Consumer Law on financial crowdfunding

CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO

*Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0003-4774-1191

Recibido: 13.12.2022/Aceptado: 16.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7543

Resumen: El desarrollo del *crowdfunding* financiero plantea, entre otros interrogantes, el problema de determinar cómo han de incidir en este ámbito las normas sobre protección del consumidor, no solo respecto a los inversores (cuya protección se viene articulando legalmente sobre la base de los instrumentos y categorías propias del mercado financiero), sino también respecto a aquellos consumidores que recurren a esta vía para financiar proyectos de carácter no empresarial (respecto de los cuales se plantea, en particular, la cuestión de la aplicabilidad de las normas sobre crédito al consumo). Todo ello, teniendo en cuenta las peculiaridades del *crowdfunding* como sistema de financiación en el que, junto a promotores e inversores, asume un papel protagonista la plataforma intermediaria. En este trabajo analizamos la respuesta que los legisladores españoles y europeos han venido dando a las cuestiones planteadas, dando lugar, en el momento actual, a una situación de notable incertidumbre.

Palabras clave: Financiación participativa, crédito al consumo, protección del consumidor.

Abstract: The development of financial crowdfunding raises, among other questions, the problem of determining how the rules on consumer protection should affect this area, not only with respect to investors (whose protection has been legally articulated on the basis of the instruments and categories of the financial market), but also with respect to those consumers who resort to this channel to finance projects of a non-business nature (with respect to which, in particular, the question of the applicability of the rules on consumer credit arises). All this, taking into account the peculiarities of crowdfunding as a financing system in which, together with project-owners and investors, the intermediary platform assumes a leading role. In this paper we analyze the response that Spanish and European legislators have been giving to the questions raised, giving rise, at the present time, to a situation of notable uncertainty.

Keywords: Financial crowdfunding, consumer credit, consumer protection.

Sumario: I. Consideraciones previas: el papel del consumidor en la economía de plataformas y en el ámbito de la financiación participativa. II. El punto de partida: la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. 2. Los proyectos de consumo en la LFFE 2015. 3. El artículo 85 de la LFFE 2015: la aplicación de las normas de consumo en el ámbito de la financiación participativa. 4. La incidencia de otros bloques normativos en el ámbito de la financiación participativa. En particular, el régimen de las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. 5. Los artículos 86, 87 y 88 de la LFFE 2015: la aplicación de las normas sobre crédito al consumo en el ámbito de la financiación participativa. 6. La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. 7. La Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. 8. La Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de

servicios financieros destinados a los consumidores. 9. La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. III. El Reglamento (UE) 2020/1503, de 7 de octubre de 2020, sobre servicios de financiación participativa para empresas: la protección del inversor. IV. La futura Directiva de crédito al consumo: la protección del promotor consumidor. V. La Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas. VI. Conclusión.

I. Consideraciones previas: el papel del consumidor en la economía de plataformas y en el ámbito de la financiación participativa¹

1. Desde hace ya algunos años la “economía de plataformas” ha venido encontrando un ámbito de desarrollo especialmente relevante en el contexto de la llamada “financiación participativa” o *crowdfunding*. Se trata de un sector caracterizado por la posibilidad de que los sujetos interesados en captar fondos para el desarrollo de actividades de diversa naturaleza puedan buscar financiación sin necesidad de recurrir a los tradicionales cauces bancarios o del mercado de capitales, o a fuentes alternativas basadas en relaciones estrictamente personales (los consabidos *family, friends and fools*). Para ello, los promotores de proyectos recurren a la actividad de intermediación de plataformas en línea (plataformas de financiación participativa o PFP²) que, a través del uso de Internet y mediante la prestación de otros servicios adicionales, les facilitan una vía para acceder, de manera eficiente, a un número ilimitado de potenciales inversores con quienes, fuera del mundo digital, difícilmente podrían llegar a contactar.

2. La oportunidad de potenciar este fenómeno en aras de favorecer el desarrollo de iniciativas empresariales -o de otro tipo- ha llevado a los legisladores, tanto nacionales como europeos, a regular el fenómeno con objeto de dotar a los diferentes operadores (promotores, inversores, proveedores de plataformas) de un imprescindible marco de seguridad jurídica, poniendo el énfasis en la necesaria protección de unos inversores cuyos perfiles son muy variados y que, por la propia naturaleza del fenómeno, han de afrontar unos riesgos especialmente elevados. Dado que uno de los objetivos de la financiación participativa es precisamente facilitar la captación de fondos procedentes de personas que no tienen por qué ser profesionales de la inversión, una de las cuestiones prioritarias que han debido afrontar los legisladores ha sido la de configurar mecanismos de protección adecuados a las circunstancias de cada inversor. La opción elegida para ello, al menos en primera instancia, no ha sido la de acudir a los expedientes técnicos propios del Derecho de consumo (basados en la existencia de una relación entre un consumidor y un profesional o empresario), sino a los que se vienen manejando de manera específica en el ámbito de los mercados financieros y de inversión, basados en la distinción entre aquellos inversores que -por razones de profesionalidad, experiencia previa, capacidad financiera, etc.- tienen un perfil más sofisticado, y aquellos que no lo tienen. El planteamiento elegido suscita, no obstante, el problema de determinar en qué medida el régimen específico de protección de los inversores así configurado puede coexistir con el derivado de las normas de consumo; en otras palabras, si los inversores que -al margen de la calificación que les corresponda en cuanto tales- tienen la condición de consumidores podrán acogerse a los correspondientes mecanismos de tutela, tanto en su relación con los proveedores de las PFP (que, por definición, tienen la condición de empresarios), como en su relación con aquellos promotores que busquen financiación para el desarrollo de actividades empresariales o profesionales.

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “*Equity crowdfunding, pymes innovadoras y digitalización de las sociedades mercantiles: avances y desafíos en Derecho europeo y español*” (PID2019-104673RB-I00 financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033), del que es IP la Profesora Mercedes SÁNCHEZ RUIZ.

² En aras de simplificar el discurso, no entraremos en el debate sobre la inexactitud que supone usar el término “plataforma” para aludir al sujeto que presta el servicio de intermediación, y no (como sería más correcto) al instrumento utilizado para la prestación del servicio; por todos, ZUNZUNEGUI PASTOR, Fernando, “Enquadre sistemático y conceptual de la financiación participativa”, en CUENA CASAS (dir.), *Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 47; y SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, “Deberes legales y conflictos de intereses de las plataformas de financiación participativa”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 153, enero-marzo 2019, p. 17.

3. Desde otro punto de vista, es bien sabido que uno de los fenómenos más llamativos a los que ha dado lugar la aparición y desarrollo de las plataformas de intermediación en línea es la habilitación de un cauce especialmente adecuado para que los particulares, sin asumir la condición formal de empresarios o comerciantes -y, por tanto, sin dejar de ser consumidores- puedan acceder a la realización de actividades relacionadas con el suministro de bienes o servicios que, fuera del mundo digital, solo podrían afrontar a muy pequeña escala. Se trata, en definitiva, de la conocida figura del “prosumidor”, respecto de la cual se ha venido planteando el problema de identificar los criterios relevantes a efectos de determinar en qué momento el sujeto en cuestión deja de ser acreedor de la especial protección que deriva de las normas sobre consumo y, correlativamente, a partir de qué momento esas mismas normas han de ser aplicadas en beneficio de aquellos otros sujetos, también particulares, que contratan con él³.

4. En el ámbito de la financiación participativa, el fenómeno que comentamos se proyecta en la posibilidad de que los particulares puedan acudir a las PFP para captar, por esta vía, los fondos necesarios para hacer frente a proyectos ajenos al ámbito empresarial o profesional. Se trata del llamado “*crowdfunding* de consumo”, en el que es un consumidor el que asume la condición de promotor, solicitando, a través de una PFP, financiación para un determinado proyecto de consumo, y en el que el papel de inversores puede, a su vez, ser asumido por otros consumidores o por empresas o profesionales. En estas condiciones, el problema de la posible incidencia de las normas de consumo asume una dimensión adicional respecto a la relacionada con la protección de los inversores, ya que habrá de determinarse si los promotores, en este tipo de supuestos, podrán ampararse en aquellas normas, tanto en el ámbito de sus relaciones con las plataformas, como en el de sus relaciones con aquellos inversores que, a su vez, actúen como empresarios o profesionales. En particular, el problema que se ha venido planteando ha sido el de determinar en qué medida pueden ser aplicables en este sector del *crowdfunding* las normas que regulan los contratos de crédito al consumo en sus diferentes modalidades y las correspondientes actividades de intermediación; problema cuya solución no resulta sencilla, teniendo en cuenta que la dinámica propia de la financiación participativa (donde es el promotor el que toma la iniciativa para publicar un proyecto a través de una plataforma con objeto de buscar financiación procedente de un número indeterminado de inversores, tanto profesionales como no profesionales) no responde al modelo de contratación que, al menos hasta el momento, han tomado como referente las normas reguladoras del crédito al consumo, lo que plantea no pocos problemas a la hora de adaptar su aplicación a aquellos supuestos.

5. Para buscar respuesta a las cuestiones expuestas será necesario analizar las diversas normas europeas y nacionales que, en los últimos años, han venido a regular de manera específica el fenómeno de la financiación participativa. Siguiendo un orden cronológico, comenzaremos con el examen del texto original del Título V de la Ley 5/2015, de 27 de abril de fomento de la financiación empresarial (en adelante, LFFE 2015), que aborda por primera vez la regulación de esta materia en el ámbito interno español, y en la que, como veremos, se trata de dar una respuesta -sin duda insuficiente, pero bien orientada- al problema de la incidencia del Derecho de consumo en este ámbito. Seguiremos con el análisis del Reglamento (UE) 2020/1503⁴ (en adelante, RSFPE), que dota de una regulación plenamente armonizada a nivel europeo al *crowdfunding* orientado a la financiación de empresas. La norma deja fuera de su ámbito de aplicación al *crowdfunding* de consumo, pero abre la puerta a su futura regulación, que, al parecer, habrá de abordarse mediante la revisión de la Directiva de Crédito al Consumo, hasta el momento concretada en una Propuesta de Directiva (en adelante, PDCC) que también examinaremos⁵. Concluiremos nuestro

³ Vid., p. ej., STJUE (Sala Quinta) de 4 octubre 2018 (asunto C-105/17, Comisión de protección de los consumidores de Bulgaria vs. Kamenova), donde se apuntan los criterios que han de ser tenidos en cuenta por los órganos competentes a la hora de determinar si una persona física que ofrece bienes a la venta a través de una plataforma en línea debe ser considerada como “comerciante” a efectos de las Directivas 2011/83 y 2005/29, y si su actividad puede ser considerada como “práctica comercial” a efectos de esta última.

⁴ Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de octubre de 2020, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/1129 y la Directiva (UE) 2019/1937.

⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo (PDCC). Comisión Europea, Bruselas, 30.6.2021, COM (2021) 347 final, 2021/0171 (COD).

estudio con el análisis crítico de la reciente Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (en adelante, LCCE), que, pretendiendo dar respuesta a la necesidad de adaptar nuestra legislación interna al nuevo marco derivado del Reglamento (UE) 2020/1503, deroga el contenido original del Título V LFFE y lo sustituye por una regulación enteramente nueva que, al menos en lo que se refiere al tratamiento del *crowdfunding* de consumo, solo cabe calificar como desconcertante.

II. El punto de partida: la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial

1. La protección de los inversores en la LFFE 2015

6. La Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, en su redacción original, dedica su Título V (arts. 46 a 93) al régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa (PFP)⁶, dotando así de una regulación propia, por primera vez en España, a ciertas modalidades de *crowdfunding* financiero (en concreto, las de préstamo e inversión)⁷. El objetivo declarado de la norma en lo relativo al *crowdfunding*, consiste, según su Exposición de Motivos, “*por un lado, en aclarar la regulación que ya hoy debiera resultar aplicable, y, por otro, en ajustar la misma en aras del difícil equilibrio entre una regulación que potencie esta actividad y a la vez garantice un adecuado nivel de protección del inversor*”⁸.

7. Este último aspecto constituye, sin duda, uno de los elementos clave de la norma, en la medida en que, siendo incuestionable que la inversión en proyectos de financiación participativa constituye una actividad intrínsecamente arriesgada⁹, la propia viabilidad del sector requiere que se dote a los inversores

⁶ El Título V de la LFFE, en su redacción original, vio reducido en buena medida su ámbito de aplicación a partir de la entrada en vigor del RSFPE, y ha quedado finalmente derogado y sustituido por una redacción completamente nueva a raíz de la promulgación de la Ley 18/2022, de creación y crecimiento de empresas. Pese a todo, consideramos imprescindible abordar el estudio del texto original de la norma, porque, como se verá, entendemos que puede aportar elementos muy valiosos para dar respuesta a los problemas que habrán de plantearse en el futuro inmediato como consecuencia de las reformas legales operadas y en curso. Por otra parte, el análisis del texto original de la LFFE, y en particular de algunos de sus preceptos, nos dará pie para examinar, en términos generales, la incidencia que en el ámbito de la financiación participativa pueden tener diferentes normas de consumo cuya vigencia no habrá de verse afectada, al menos de forma directa, por la derogación de aquel texto.

⁷ No abordaremos en este trabajo el estudio de aquellas modalidades de *crowdfunding* (de donación y de recompensa) que, al menos por el momento, no han sido objeto de una regulación específica ni en la legislación española ni en la europea, aunque, en el caso del *crowdfunding* de recompensa, le son aplicables las normas generales sobre comercio electrónico y sobre protección de los consumidores. Sobre los problemas que puede plantear la aplicación de estas últimas normas (p. ej., en lo relativo al derecho de desistimiento del consumidor en contratos a distancia, o a la posible abusividad de las cláusulas que limiten los derechos del consumidor en caso de incumplimiento del proveedor), vid. ARMOUR, John, y ENRIQUES, Luca, “The promise and perils of crowdfunding: between corporate finance and consumer contracts”, en *The Modern Law Review* (2018) 81(1) MLR, pp. 69 y ss. Sobre la aplicación en estas modalidades de *crowdfunding* no financiero del principio de libre prestación de servicios derivado de la Directiva de comercio electrónico y de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, vid. DE LA VEGA GARCÍA, Fernando, “Hacia una regulación europea sobre proveedores de servicios de financiación participativa de crédito o inversión para empresas”, en *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, n. 0, 2020, p. 191.

⁸ Utilizamos el término legal (“inversor”), que engloba (también en el RSFPE) tanto a quienes financian los proyectos de *crowdfunding* mediante préstamos (*crowdlending*) como a quienes lo hacen mediante inversión a través de capital o deuda (*equity crowdfunding*, *debt crowdfunding*), pese a compartir la idea de que resulta poco adecuado y confuso aplicar el término “inversor” a quienes actúan como prestamistas; en este sentido, por todos, CUENA CASAS, Matilde, “Régimen jurídico del *crowdlending* o préstamo en masa en el Derecho español”, en CUENA CASAS, M., e IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), *Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech*, ed. Wolters Kluwer, 2021, p. 435; y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “Crowdfunding, intermediarios de crédito y préstamos al consumo en la Ley 5/2015”, en *Diario La Ley*, n. 8575, Sección Tribuna, 3 de julio de 2015, Ref. D-267 (*La Ley* 4526/2015), p. 2.

⁹ SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, “Las normas de conducta de las plataformas de financiación participativa”, en LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., y DE LA VEGA GARCÍA, F. (dirs.), *Crowdfunding: cooperación colectiva al servicio de la financiación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 320; ALONSO ESPINOSA, Francisco J., “Protección de la inversión a través de plataformas de financiación participativa”, en LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., y DE LA VEGA GARCÍA, F. (dirs.), *Crowdfunding: cooperación colectiva al servicio de la financiación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 349 y 350; AMAT LLOMBART, Pablo, “La protección del inversor y del promotor consumidores en proyectos inmobiliarios sufragados mediante

de ciertas herramientas que les permitan, si no eliminar el riesgo, sí al menos mitigarlo o gestionarlo¹⁰. Aunque toda la regulación contenida en el Título V tiende a hacer efectivo ese principio de protección al inversor¹¹ (trasladando a este ámbito una versión “simplificada” del régimen del mercado de valores y de los servicios de inversión¹²), es en el Capítulo V (arts. 81 a 88) donde se contemplan los principales mecanismos tuitivos. Por lo que ahora interesa, la norma distingue dos niveles básicos de protección en función de que los inversores tengan la condición de “acreditados” o de “no acreditados”¹³. Esta última categoría se configura como residual, ya que en ella se incluyen todos los inversores que no deban ser considerados como acreditados, conforme a los criterios y procedimientos definidos por la norma (art. 81); y en beneficio de ellos se articulan determinados mecanismos de protección reforzada que, en principio, no se extienden a los inversores no acreditados: entre otros, el establecimiento de ciertos límites específicos respecto a la cuantía de las inversiones (art. 82)¹⁴, la exigencia de dirigirles determinadas advertencias con carácter previo a la inversión (art. 83), y de recabar de ellos, antes de la asunción de ningún compromiso de pago, ciertas expresiones de reconocimiento de los riesgos y de no superación de los límites cuantitativos impuestos por la norma (art. 84.2 y 3), o la prohibición de incorporar derivados implícitos en los valores utilizados como instrumento para obtener financiación de este tipo de inversores (cfr. art. 50.1.b)).

8. De este modo, la LFFE 2015 no afronta el tema de la protección de los inversores atendiendo, en primera instancia, al hecho de que tengan o no la condición de consumidores, ya que la distinción entre inversores acreditados y no acreditados responde a criterios diferentes. El origen de estas categorías ha de buscarse en la distinción, asentada desde hace años en las normas europeas y nacionales reguladoras de los sectores financiero y de inversión, entre “inversores profesionales” e “inversores minoristas”¹⁵. Con ella se pretende dar respuesta a la especial complejidad y al riesgo inherente a los productos financieros y de inversión, que hacen aconsejable ajustar el nivel de protección de los inversores en función de criterios que vayan más allá de la simple calificación de los mismos como consumidores o empresarios, para atender también a las circunstancias personales de cada inversor individualmente considerado: entre otras, su condición de persona física o jurídica, su carácter profesional o no, su capacidad para comprender el significado de la inversión y los riesgos que comporta, su conocimiento y experiencia previa en este ámbito, o su capacidad para soportar eventuales pérdidas. En el caso de las

plataformas de financiación participativa (*crowdfunding*)”, en MUÑIZ ESPADA, E. (coord.), *La protección del consumidor en la vivienda colaborativa*, La Ley, 2019, pp. 333 a 421 (*LA LEY* 10053/2019), pp. 14 y ss.; CARRASCO PERERA, Ángel, “Proyecto de Ley de Fomento de la Financiación Empresarial: la financiación participativa a través de plataformas de *crowdfunding*”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 12/2014, pp. 196-197; ARMOUR/ENRIQUES, *op. cit.*, pp. 58 y ss.

¹⁰ Como señala ZUNZUNEGUI (“Encuadre...”, cit., p. 45), “la regulación de la financiación participativa se orienta por los mismos principios que el resto de los servicios financieros. Debe garantizar el buen funcionamiento del mercado con eficiencia, estabilidad e integridad, garantizando una adecuada protección de los inversores”. Advierte el autor, sin embargo, que “en la regulación de las tecnofinanzas y, en particular, de la financiación participativa, ha primado la eficiencia y la competitividad más que la protección del inversor o la estabilidad e integridad del sistema”.

¹¹ A la protección del inversor sirven también, como es obvio, las normas de la LFFE 2015 que definen el régimen jurídico aplicable a las PFP, incluyendo los mecanismos de autorización, supervisión, reserva de actividad, infracciones y sanciones, deberes y obligaciones (de diligencia profesional, transparencia, neutralidad, etc.); o las que definen los requisitos y deberes de los promotores, de los proyectos, y de los instrumentos de financiación utilizados; vid. al respecto, por todos, AMAT, *op. cit.*, pp. 24 y ss. Téngase en cuenta que algunas de esas normas tienen por objeto tutelar también los intereses de los promotores en cuanto clientes de las PFP; sobre el tema, vid. SÁNCHEZ RUIZ, “Las normas...”, cit., pp. 310-311.

¹² SÁNCHEZ RUIZ, “Deberes...”, cit., p. 12. Sobre la inadecuación del modelo de protección del inversor propio de los mercados de valores (basado en amplias y costosas obligaciones de información y supervisión previa impuestas a los emisores) a las características y riesgos propios del *equity crowdfunding*, vid. ARMOUR/ENRIQUES, *op. cit.*, pp. 53 y 67.

¹³ Para un detenido análisis de la delimitación entre inversores acreditados y no acreditados en la LFFE vid. FLORES SEGURA, Marta, “La tipología de inversores en las operaciones de financiación participativa o *crowdfunding*”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 150/2018 (*BIB.* 2018/9272), pp. 1 a 13.

¹⁴ Que, en la práctica, constituyen el principal instrumento de tutela del inversor no acreditado (SÁNCHEZ RUIZ, “Deberes...”, cit., p. 14; ARMOUR/ENRIQUES, *op. cit.*, p. 76).

¹⁵ Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (Directiva MiFID II). Las remisiones contenidas en el art. 81.2 LFFE 2015 deberían entenderse referidas actualmente a los arts. 203 a 206 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por RDLeg. 4/2015, de 23 de octubre (TRLMV), a la espera de la definitiva aprobación del Proyecto de Ley de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión que actualmente se tramita en el Parlamento.

inversiones canalizadas a través de PFP, el grado de riesgo asumido es aún mayor, habida cuenta de que los proyectos no son objeto de ningún tipo de autorización, revisión o supervisión pública, los inversores no cuentan con la protección derivada de los sistemas de indemnización de inversores o de garantía de depósitos¹⁶, y las plataformas tampoco garantizan la solvencia o viabilidad de los promotores¹⁷, limitándose a evaluar los proyectos a efectos de permitir o no su acceso al sistema y asignarles, en su caso, un determinado nivel de riesgo de crédito y un precio¹⁸.

9. La opción de la LFFE 2015, en este sentido, no puede considerarse criticable, aunque, al margen de las dudas que pudiera suscitar la efectividad de los instrumentos de tutela concretamente articulados¹⁹, y por lo que ahora interesa, sí plantea el problema de determinar en qué medida los instrumentos de protección del inversor (acreditado o no) previstos por la norma pueden concurrir o no, en su caso, con los derivados de las normas de consumo; más aún si se tiene en cuenta que otras normas comunitarias y nacionales han seguido afrontando la regulación de los servicios financieros y de crédito desde el punto de vista del Derecho de consumo²⁰.

10. De hecho, en el sistema de la LFFE 2015 es perfectamente posible que sujetos que tienen la condición de consumidores conforme al art. 3 TRLCU²¹ puedan ser considerados como inversores acreditados²²; sería el caso, p. ej., de las personas físicas que, aun actuando con un propósito ajeno a su actividad empresarial, comercial o profesional, cumplan las condiciones previstas en el art. 81.2.c)²³; de las personas jurídicas sin ánimo de lucro que actúen igualmente fuera del ámbito empresarial o profesional, cuando hubieran solicitado ser consideradas como inversores acreditados con carácter previo,

¹⁶ Regulados, respectivamente, por la Directiva 97/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de marzo de 1997, relativa a los sistemas de indemnización de los inversores, y por la Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos, junto con las correspondientes normas de transposición.

¹⁷ La LFFE 2015 no impone ningún requisito de solvencia mínima a los promotores, aunque obliga a informar sobre su situación financiera y nivel de endeudamiento (arts. 75 y 78). Si se imponen determinados requisitos financieros a las propias PFP (art. 56), que también deben contar con planes de continuidad que, en caso de insolvencia o cese de actividad del propio proveedor, garanticen la continuidad de la prestación de servicios esenciales relacionados con las inversiones existentes y la correcta administración de los acuerdos con sus clientes (arts. 55, i) y 61.1.m). En el RSFPE (art. 5), los requisitos de diligencia debida mínima que se imponen a los proveedores de servicios de financiación participativa en relación con los promotores se limitan al control de antecedentes penales y al hecho de no estar establecidos en países o territorios no cooperadores. Sobre los planes de continuidad, vid. también arts. 4.3 y 12.2.j) y cdo. 25 del RSFPE.

¹⁸ Cfr. art. 51.1.a) y 51.2.b) LFFE 2015; art. 4 RSFPE.

¹⁹ En sentido crítico con la insuficiencia de los instrumentos de protección del inversor diseñados por la LFFE 2015, vid., p. ej., ALONSO (*op. cit.*, pp. 339 y ss. y 355), quien considera injustificada la absoluta exclusión de las sociedades de *crowdfunding* del régimen general aplicable a las empresas de servicios de inversión en lo relativo, precisamente, a la protección del inversor; y entiende que las normas que la LFFE 2015 dedica a esta cuestión parecen más bien pensadas para blindar la posición de las PFP frente a posibles reclamaciones de responsabilidad contractual procedentes de los inversores. En un sentido parecido, señala VERDÚ CAÑETE, M^a José (“Promotores y proyectos”, en LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., y DE LA VEGA GARCÍA, F. (dirs.), *Crowdfunding: cooperación colectiva al servicio de la financiación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 260) que los “requisitos que han de cumplirse para adquirir la condición de inversor acreditado (en la LFFE 2015) son bastante más laxos que los establecidos en el ámbito del sector financiero para la caracterización del cliente profesional, y nada tienen que ver con la adecuada formación o aptitud para participar en operaciones que pueden poner en riesgo su patrimonio”. Por ello, y teniendo en cuenta el carácter intrínsecamente arriesgado de las operaciones de financiación participativa, entiende la autora que hubiera sido más razonable, quizá, identificar al “inversor acreditado” con el “cliente profesional”. Vid. también SÁNCHEZ RUIZ (“Las normas...”, cit., pp. 321-322), quien destaca que la norma española -a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos- no impone a la PFP la obligación de realizar una evaluación *sustancial* sobre la capacidad del inversor para decidir sobre la conveniencia de la inversión con el debido conocimiento de causa.

²⁰ Vid., p. ej., Directivas 2002/65, 2008/48 y 2014/17 y sus respectivas normas de transposición, sobre las que habremos de volver.

²¹ 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 (TRLCU).

²² CUENA CASAS, Matilde, *Las FinTech de préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea*, ed. Reus y Hay Derecho, Madrid, 2019, p. 238; FLORES, *op. cit.*, p. 13.

²³ Tales requisitos consisten en acreditar unos ingresos anuales superiores a 50.000 euros o bien un patrimonio financiero superior a 100.000 euros, solicitar ser considerados como inversores acreditados con carácter previo, y renunciar de forma expresa a su tratamiento como clientes no acreditados.

renunciando de forma expresa a su tratamiento como clientes no acreditados (art. 81.2.d)); o de aquellas personas físicas o jurídicas que, teniendo la condición de consumidores, acrediten la contratación del servicio de asesoramiento financiero sobre los instrumentos de financiación de la plataforma por parte de una empresa de servicios de inversión autorizada (art. 81.3). Del mismo modo, cabe la posibilidad de que determinados sujetos que no podrían ser calificados como consumidores conforme al art. 3 TRLCU deban, no obstante, ser considerados como inversores no acreditados a efectos de la LFFE 2015: sería el caso, p. ej., de los empresarios que no cumplan los requisitos del art. 81.2.b)²⁴, o de aquellas pequeñas y medianas empresas que no hubieran solicitado ser consideradas como inversores acreditados con carácter previo, renunciando de forma expresa a su tratamiento como clientes no acreditados (art. 81.2.d).

2. Los proyectos de consumo en la LFFE 2015

11. Pero, más allá de la protección del inversor, y como ya hemos adelantado, la posible incidencia de las normas de consumo en el contexto de la financiación participativa puede plantearse también desde un punto de vista distinto, el que se refiere a la protección del promotor consumidor. La LFFE 2015 incluye de forma expresa en su ámbito de aplicación (art. 49) aquellos proyectos de financiación participativa que estén destinados exclusivamente a captar fondos para proyectos “de tipo empresarial, formativo, o de consumo”. Dejando al margen la desconcertante referencia a los proyectos destinados a la formación²⁵, no deja de ser llamativo que, en una ley denominada “de fomento de la financiación empresarial” se aborde también la regulación del *crowdfunding* de consumo. Se trata, en todo caso, de una decisión acertada, ya que probablemente no hubiera tenido sentido ignorar una realidad que ya en el momento de promulgarse la norma venía demandando una regulación específica²⁶. Aunque la LFFE

²⁴ El precepto permite atribuir la condición de inversor acreditado a los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones: 1º: que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 1 millón de euros; 2º: que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 2 millones de euros; y 3º: que sus recursos propios sean iguales o superiores a 300.000 euros.

²⁵ Así la califica VERDÚ (*op. cit.*, p. 257), subrayando que, según los casos, este tipo de proyectos podrá ser encuadrado en el ámbito empresarial (p. ej., constitución de centros formativos) o de consumo (p. ej., financiación de los estudios de un particular). En parecido sentido, señala ALONSO (*op. cit.*, p. 342) que las actividades formativas “también pueden ser actividades empresariales, ya que la praxis conoce sobradamente los contratos de formación entre empresas”.

²⁶ En su informe sobre las PFP de crédito al consumo que operan en España, BARAHONA y BARREIRA (BARAHONA, Ricardo, y BARREIRA, Roi, “Las plataformas de financiación participativa de crédito para consumo en España”, en *Artículos analíticos. Boletín Económico. Banco de España*, 3/2022, 26 de septiembre de 2022, pp. 1 y ss. (<https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/ArticulosAnaliticos/22/T3/Fich/be2203-art27.pdf>), pp. 1 y ss.) explican que, si bien el volumen de financiación concedido por este tipo de plataformas ha avanzado a un ritmo notable en los últimos años, su peso sigue siendo muy reducido en comparación con las cifras del crédito bancario. Añaden también que el análisis de los datos disponibles revela que el perfil de riesgo de los demandantes de fondos que acceden a este tipo de financiación es sustancialmente más elevado que el de los prestatarios de las entidades de crédito. En muchos casos, se trata de clientes que no tienen acceso al crédito bancario, lo que se refleja en operaciones con un alto riesgo de demora e incumplimiento, pero también con unos elevados tipos de interés. Explican, por otra parte, que las PFP han evolucionado desde el modelo de negocio “P2P”, en el que la plataforma se limita a intermediar entre promotores e inversores que actúan como prestamistas directos y asumen todo el riesgo de la operación, a otros dos tipos de modelo: por un lado, el de las llamadas “carteras diversificadas de crédito”, en el que los inversores no prestan directamente a los prestatarios, sino que es la plataforma la que se encarga de diversificar la financiación ofrecida por aquellos entre los diferentes proyectos, de manera que, si bien los inversores siguen asumiendo el riesgo, este es menor, debido a la propia diversificación; por otro, el de las llamadas “rentas garantizadas”, en que los inversores tienen garantizada una rentabilidad fija y no están expuestos al riesgo de crédito, que es asumido íntegramente por la plataforma. En la actualidad, el modelo P2P original es el menos común, y la mayoría de las plataformas operan con arreglo al segundo modelo de negocio (que, por cierto, cuenta con una regulación propia en el RSFPE, a la que posteriormente nos referiremos). Sobre los diferentes modelos de negocio que se han desarrollado en el ámbito del *crowdfunding* de préstamo, sobre los riesgos asociados a los mismos, y sobre los distintos modelos regulatorios, vid. MACCHIAVELLO, Eugenia, y SCIARRONE ALDIBRANDI, Antonella, “Marketplace lending as a new means of raising capital in the internal market: true disintermediation or reintermediation?”, en AVGOULEAS, E. y MARJOSOLA, H. (editors), *Digital Finance in Europe: Law, regulation, and Governance*, De Gruyter, Berlin, Boston, 2021, pp. 37 a 85 (<https://doi.org/10.1515/9783110749472>), pp. 45 y ss. En sentido crítico respecto a la decisión de regular el *crowdfunding* de consumo en la LFFE 2015, vid. CARRASCO (*op. cit.*, p. 197), para quien carece de sentido “permitir que el promotor (buscador de financiación) sea un consumidor, que acuda al sistema participativo cuando ya no tiene acceso al crédito bancario, y al final encontramos el sinsentido de que unos consumidores indefensos financian a otros consumidores que luego dicen fueron engañados”.

2015 no lo impone, parece claro que, en el caso de los proyectos de consumo, lo habitual será que la financiación a través de PFP se canalice por medio de préstamos con interés²⁷ o de préstamos participativos²⁸, ya que los otros instrumentos de financiación previstos por la norma (emisión o suscripción de obligaciones, acciones, participaciones sociales, etc.; cfr. art. 50) difícilmente podrían ser utilizados por promotores consumidores, en especial cuando se trate de personas físicas²⁹. Los préstamos concedidos en el marco de la financiación participativa habrán de quedar sujetos al régimen jurídico que les corresponda (art. 74.1), incluyendo, en su caso, las normas sobre protección de los consumidores.

3. El artículo 85 de la LFFE 2015: la aplicación de las normas de consumo en el ámbito de la financiación participativa

12. Es justo reconocer que el legislador de 2015 fue plenamente consciente de la necesidad de abordar el problema de la posible incidencia de las normas de consumo en el ámbito de la financiación participativa, tanto desde el punto de vista de la protección del inversor, como desde el punto de vista de la protección del promotor; y, si bien es cierto que las previsiones que en ella se contienen a propósito de esta cuestión no resuelven, ni mucho menos, todos los problemas, al menos la Ley deja apuntadas algunas de las posibles vías de solución, al tiempo que se hace eco de planteamientos generales sobre el tema que, a nuestro juicio, conservan su validez y vigencia pese a la formal derogación del texto original.

13. A ello se dedican de manera específica los arts. 85 a 88 LFFE 2015. El primero de ellos es el que tiene un alcance más general³⁰, ya que en él se viene a establecer que, sin perjuicio de las espe-

²⁷ En principio, cabe pensar que no sería aplicable la LFFE 2015 en el caso de que la financiación se articulase a través de préstamos sin interés, ya que el art. 46, al definir el propio concepto de “plataformas de financiación participativa”, alude a la existencia de un rendimiento dinerario a favor de los inversores y excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los préstamos sin intereses (ap. 2.c). El mismo planteamiento viene a quedar ratificado por el art. 49, al señalar que los proyectos de financiación participativa deberán “estar dirigidos a una pluralidad de personas físicas o jurídicas que, invirtiendo de forma profesional o no, esperan obtener un rendimiento dinerario”. Con todo, la cuestión podría plantear alguna duda, ya que, en realidad, lo que el citado precepto deja fuera del citado concepto de PFP son aquellas empresas que desarrollen la actividad de intermediación descrita en el ap. 1 “cuando la financiación captada por los promotores sea *exclusivamente* a través de: a) donaciones; b) venta de bienes y servicios; y c) préstamos sin intereses”. Cabría pensar, entonces, que las PFP que intermedien en proyectos de financiación articulados por medio de préstamos sin intereses sí estarían incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley, siempre que dicha fórmula de financiación no tenga un carácter exclusivo (“plataformas mixtas”; cfr., por todos, LÓPEZ ORTEGA, Raquel, “Las plataformas de financiación participativa a la luz de la nueva regulación europea del crowdfunding (el Reglamento UE 2020/1503, de 7 de octubre de 2020, sobre los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas)”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 162, abril-junio 2021, p. 167, n. 19). Como veremos, la posibilidad de que la financiación participativa dirigida a consumidores pueda articularse a través de préstamos sin interés sí se contempla en la PDCC, actualmente en tramitación (vid. *infra*, IV).

²⁸ La posibilidad de que la financiación participativa -también la de consumo- se instrumente a través de créditos participativos aparecía prevista en el art. 50.1.c) LFFE 2015, pero, al parecer (cfr. MACCHIAVELLO/SCIARRONE, *op. cit.*, p. 61), queda excluida del RSFPE, teniendo en cuenta la definición de “préstamo” que formula su art. 2.1.b) (“*acuerdo en virtud del cual un inversor pone a disposición del promotor de un proyecto una suma de dinero acordada por un período acordado, y en virtud del cual el promotor del proyecto contrae una obligación incondicional de devolver dicha suma al inversor, más el interés acumulado, de conformidad con un calendario de pagos escalonados*”). No obstante, la Ley 18/2022 sí ha incluido una referencia expresa a este tipo de préstamos en el nuevo art. 50 LFFE, relativo al régimen de las llamadas “plataformas de financiación participativa armonizadas por el derecho de la UE”.

²⁹ Téngase en cuenta, no obstante, la posibilidad de que ciertas personas jurídicas susceptibles de ser calificadas como consumidores (p. ej., las asociaciones; cfr. DA 5ª LFFE) puedan emitir obligaciones. Como señala HERNÁNDEZ SAINZ, Esther (“*Crowdfunding inmobiliario. Alternativas para su articulación jurídica y riesgos para el inversor*”, en ALONSO PÉREZ, Mª Teresa (coord.), *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 229 a 284 (versión digital, *BIB*. 2018/7106, p. 2)), el *crowdfunding* de préstamo es más frecuente en la financiación de proyectos de consumo; las empresas no suelen recurrir a esta fórmula, porque pueden obtener préstamos en mejores condiciones en el mercado bancario, por lo que acuden a las PFP en busca de socios o de financiación mediante la colocación de obligaciones.

³⁰ Art. 85 LFFE 2015: “*Aplicación del derecho de protección de los usuarios e inversores de plataformas de financiación participativa. La actividad desarrollada por las plataformas de financiación participativa y las relaciones entre los promotores e inversores estarán sujetas a la normativa sobre protección de los consumidores y usuarios con las especialidades previstas en este capítulo, así como a los mecanismos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros*”.

cialidades que resulten de lo dispuesto en el propio Capítulo V (que, de este modo, viene a asumir un carácter de *lex specialis* susceptible de extenderse a la totalidad del Título V, conforme al art. 46.3 de la Ley), las normas sobre protección de los consumidores son aplicables, tanto a la actividad desarrollada por las PFP, como a las relaciones entre promotores e inversores. Con ello se está confirmando de forma expresa la procedencia de aplicar tales normas, tanto a las relaciones que los proveedores de PFP establezcan con cada uno de sus clientes -ya se trate de promotores o de inversores³¹, acreditados o no³²-, como a las relaciones que estos últimos establezcan entre sí, siempre y cuando una de las partes actúe como consumidor, y la otra como empresario, comerciante o profesional.

14. La primera cuestión que suscita este planteamiento es determinar cuál ha de ser el concepto de consumidor relevante, habida cuenta de las diferencias que median, a este respecto, entre las distintas normas que pueden llegar a incidir en este ámbito, singularmente en lo que se refiere a la procedencia o no de extender la condición de consumidor a ciertas personas jurídicas, o incluso a entidades sin personalidad jurídica³³. Teniendo en cuenta el carácter genérico del art. 85 LFFE 2015, parece que lo más lógico sería decantarse, en principio, por el concepto resultante de la norma dotada de un carácter más general, esto es, la del art. 3 TRLCU³⁴; sin perjuicio de que, en aquellos casos en que la norma de consumo aplicable al caso sea una en concreto (p. ej., cuando se plantee la aplicación de las normas sobre crédito al consumo) haya que estar al concepto manejado por dicha norma en particular³⁵.

15. La amplitud de la formulación contenida en el art. 85 LFFE 2015 ha servido de base para sostener que su finalidad no es simplemente confirmar que las normas de consumo serán aplicables cuando se den sus presupuestos subjetivos de aplicación, ya que, de ser así -se dice-, el precepto no aportaría nada³⁶. Según esta interpretación, lo que se pretendería es, en el contexto de la financiación participativa, extender la aplicación de las normas sobre protección del consumidor (al igual que las normas sobre protección del cliente de los servicios financieros, también aludidas en el precepto) más allá del ámbito subjetivo que les es propio; de tal manera que las mismas serían aplicables a la relación que la PFP establece con todos sus clientes (ya se trate de promotores o inversores), al margen de que estos tengan o no la consideración legal de consumidores. La finalidad de la norma, así entendida, sería reforzar la protección de los pequeños empresarios -que son los clientes habituales de las PFP-, especialmente cuando actúan como promotores, ya que la protección de los inversores se afronta de manera específica

y, en particular, a lo establecido en los artículos 29 y 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero”.

³¹ En este sentido, CARRASCO, *op. cit.*, pp. 186 y 194-195.

³² Sobre la procedencia de aplicar las normas de consumo a los inversores que tengan la condición legal de consumidores, con independencia de que deban ser considerados como inversores acreditados o no acreditados a efectos de la LFFE 2015, vid. AMAT, *op. cit.*, p. 13, subrayando el carácter imperativo de aquellas normas.

³³ En efecto, el art. 3 TRLCU incluye en el concepto de consumidor a las “*personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*”; el art. 1.1 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, considera como consumidores a “*las personas físicas y jurídicas que, en los contratos a que se refiera esta Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional (...)*”, sin exigir expresamente que se trate de personas jurídicas sin ánimo de lucro, y omitiendo cualquier referencia a las entidades sin personalidad jurídica. Por su parte, el art. 2.1 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCCC), excluye tanto a las personas jurídicas como a las entidades sin personalidad jurídica al disponer que “*a efectos de esta Ley, se entenderá por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional (...)*”; y este mismo es, en esencia, el concepto que maneja el art. 5 de la Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores: “*A los efectos de esta Ley, se consideran como consumidores las personas físicas que, en los contratos a distancia, actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional*”.

³⁴ MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 3.

³⁵ En esta línea parece pronunciarse MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 6. En cambio, CUENA (“Régimen...”, cit., p. 452) considera que el art. 86 LFFE 2015 podría interpretarse en el sentido de que las Leyes 2/2009 y 16/2011 serían aplicables también a los promotores que fueran consumidores conforme al concepto general del art. 3 TRLCU (incluyendo, por tanto, ciertas personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica), y no solo a los que lo son conforme a los conceptos contenidos en aquellas normas.

³⁶ CUENA, “Régimen...”, cit., pp. 446-447; y *Las FinTech...*, cit., pp. 233 y ss.

en la Ley atendiendo a su calificación como inversores acreditados o no acreditados³⁷. Conforme a este planteamiento, la condición legal de consumidor solo se exigiría cuando la Ley lo establezca de forma expresa, tal como sucede, p. ej., en el art. 86, que al referirse a la incidencia de determinadas normas de consumo (las Leyes 2/2009 y 16/2011) sobre la relación entre PFP y promotor, comienza diciendo: “*En sus relaciones con aquellos promotores que tengan la consideración de consumidor...*”; pero incluso a estos efectos habría lugar a una interpretación extensiva, ya que el concepto de consumidor relevante no sería el que manejan esas normas en concreto, sino el más general que define el art. 3 TRLCU³⁸.

16. Por nuestra parte, nos parece discutible que el art. 85 LFFE 2015 deba ser interpretado en este sentido, entre otras razones porque, cuando en él se afirma la procedencia de aplicar las normas de consumo, se alude tanto a la “actividad desarrollada por las PFP” como a las “relaciones entre promotores e inversores”; y, dado que en este segundo ámbito parece evidente que aquellas normas solo serán aplicables cuando concurren los correspondientes requisitos subjetivos (que una de las partes tenga la condición de consumidor y la otra de empresario³⁹), la interpretación señalada solo podría referirse al primer ámbito de relaciones (entre la PFP y sus clientes), pero no al segundo (relación entre promotor e inversor) lo que no resulta fácilmente armonizable con el propio tenor literal de la norma. Por otra parte, aun cuando se interpretara que el art. 85 solo pretende confirmar la aplicación de las normas de consumo en aquellos casos en que concurren sus presupuestos subjetivos, entendemos que el precepto no habría de considerarse superfluo, ya que, como mínimo, permite dejar claro que la existencia de una regulación especial en materia de financiación participativa, en la que se establecen diferentes instrumentos específicamente orientados a la protección de los clientes -y, en particular, de los inversores-, no ha de excluir en absoluto la aplicación de las normas sobre protección de los consumidores cuando sea procedente. Lo que, siendo sin duda defendible⁴⁰, no tiene por qué considerarse obvio, más aún si se tiene en cuenta que -como veremos inmediatamente-, las peculiaridades propias del *crowdfunding* permitirían plantear dudas legítimas acerca de la aplicabilidad en este ámbito de buena parte de las normas de consumo preexistentes. El art. 85 LFFE 2015 tendría por objeto, en definitiva, ratificar la idea (a nuestro juicio, plenamente vigente incluso después de la Ley 18/2022, como veremos) de que el régimen específico de la financiación participativa, y en particular las normas sobre protección de los clientes de las PFP (inversores y promotores), no ha de excluir, conforme al principio de especialidad, la aplicación de las normas de consumo relevantes⁴¹, sin perjuicio de las adaptaciones que sean procedentes.

17. Desde otro punto de vista, el tenor literal del art. 85 LFFE 2015 viene a desmentir, a nuestro juicio, la tesis según la cual, en la relación entre promotor e inversor, este último nunca podría ser considerado como consumidor, aun cuando el primero busque financiación para una actividad profesional o empresarial, habida cuenta -se dice- de que el inversor, en estos supuestos, no aparece como destinatario

³⁷ Razón por la cual la autora (*op. loc. cit.*) valora positivamente esta opción legislativa; opinión en la que podríamos estar de acuerdo, aunque solo en términos de *lege ferenda*.

³⁸ CUENA, “Régimen...”, cit., p. 452.

³⁹ Así parece entenderlo la propia autora (“Régimen...”, cit., pp. 448 y 449).

⁴⁰ Téngase en cuenta que la mayor parte de las normas de consumo tienen su origen en Directivas comunitarias cuya aplicabilidad en el ámbito que les es propio no podría ser excluida por el legislador nacional.

⁴¹ En este sentido, AMAT (*op. cit.*, p. 39), para quien este planteamiento es coherente con la jurisprudencia que considera las normas de protección del cliente que opera en el mercado financiero como una normativa autónoma, con un ámbito subjetivo distinto al del Derecho de consumo, y, en principio, compatible con él, cuando se den los respectivos presupuestos; y cita en este sentido, la STS n. 241/2013 (ap. 178), en la que se afirma que cuando el cliente bancario es además consumidor, la existencia de normas bancarias de transparencia y protección del cliente “*no es óbice para que la LGDCU sea aplicable*”. Sobre la base de esta misma sentencia, señala ZUNZUNEGUI PASTOR (“Régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa”, en MARIMÓN DURÁ, R. (dir.), *La regulación del ‘shadow banking’ en el contexto de la reforma del mercado financiero*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 193) que el régimen de protección del inversor que opera a través de las PFP no debería ser considerado como una normativa especial respecto a la general de protección de los consumidores (tal como se deduce del art. 85 LFFE), sino más bien concurrente con ella: “No hay una relación de norma general y norma especial (...). Los inversores que operan a través de las plataformas son usuarios de sus servicios, y pueden además ser objeto de protección por la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios, cuando queden comprendidos en su ámbito subjetivo”.

de bienes o servicios procedentes del promotor⁴², y además persigue un ánimo de lucro que es incompatible con el propio concepto de consumidor⁴³. Al margen de que el concepto legal vigente de consumidor (al menos, conforme al art. 3 TRLCU) no exige que este aparezca como destinatario de bienes o servicios, o que carezca de ánimo de lucro, sino solo que actúe al margen de su actividad comercial, empresarial o profesional⁴⁴, siempre cabría argumentar que quien contrata con un promotor profesional para invertir en su proyecto es receptor, precisamente, de un producto o servicio de inversión, al menos en sentido amplio⁴⁵.

18. Las normas sobre consumo no serían aplicables, en cambio, a los contratos que puedan celebrarse entre promotores e inversores cuando ambas partes tengan la condición de consumidores, o de empresarios. En tales casos, los correspondientes contratos -de préstamo o de inversión⁴⁶- habrán de regirse por las normas contractuales generales (civiles y/o mercantiles)⁴⁷, y en su caso por las normas societarias y las que regulan el mercado de valores, sin perjuicio de la aplicación, en lo procedente, de las especialidades contenidas en la propia LFFE 2015 -que no excluye tales relaciones de su ámbito de aplicación-, o en las normas que han venido a sustituirla. Obsérvese, en este sentido, que los mecanismos previstos por la LFFE 2015 en materia de protección del inversor -acreditado o no- son aplicables con independencia de que el promotor con el que pretenden contratar actúe, a su vez, como empresario o como consumidor. Y, de hecho, no deja de resultar llamativo que los deberes y requisitos que la Ley impone al promotor, p. ej., en materia de información (arts. 74 y 75) no se vean simplificados o modalizados en modo alguno en atención al hecho de que aquel sea un consumidor, y no un profesional⁴⁸; lo que, en la práctica, se traduce en la necesidad de que los promotores consumidores hayan de contar con la

⁴² CARRASCO, *op. cit.*, pp. 194 y 195.

⁴³ El Consejo de Estado, en su Dictamen n. 2014/859, de 17 septiembre 2014, relativo al Anteproyecto de la LFFE (p. 17), negó que los promotores e inversores (acreditados o no) que actúan a través de PFP pudieran tener la consideración de consumidores, ya que “invariablemente” persiguen un propósito comercial (obtener financiación para un proyecto, o conseguir un rendimiento económico); por lo que llegaba a sugerir la supresión de los arts. 85 a 88 del Anteproyecto, por superfluos.

⁴⁴ En este sentido, CUENA, “Régimen...”, cit., p. 460, quien, en consecuencia, entiende que serán aplicables, en beneficio del inversor consumidor, los deberes de información precontractual, el derecho de desistimiento, o las normas sobre cláusulas abusivas.

⁴⁵ La posible consideración del inversor como consumidor aparece explícitamente reconocida, por ejemplo, en el art. 3.4.a.i) de la Directiva 2000/31, de comercio electrónico. Desde el punto de vista del Derecho de la UE, VRBLJANAC, Danijela, y KUNDA, Ivana (“Consumer protection issues in crowdfunding”, in MIHANOVIC, D., HUNJET, A. y PRIMORAC, Z. (editores), *Economic and Social Development. 18th International Scientific Conference on Economic and Social Development – “Building Resilient Society”*. Book of Proceedings, Zagreb, 9-10 diciembre 2016, pp. 302 y ss. (disponible en https://www.academia.edu/31131498/Consumer_Protection_Issues_in_Crowdfunding), p. 304) señalan que las relaciones C2B (*consumer-to-business*), en las que es el consumidor el que proporciona bienes o servicios al comerciante, no están, en principio, cubiertas por el *acquis* de consumo; lo que excluye, en el ámbito del *crowdfunding* de donación, de recompensa o de preventa, que el promotor pueda ser considerado como consumidor en su relación con el inversor. Sin embargo, en el caso del *crowdfunding* de préstamo (p. 305) entienden que el promotor, en cuanto receptor de crédito, sí podría ser considerado como consumidor frente al inversor; mientras que, en relación con el *crowdfunding* de inversión, señalan que, si bien la posibilidad de considerar al inversor como consumidor ha sido debatida, en la actualidad se tiende a extender la correspondiente protección a los inversores minoristas, en la medida en que se les considera, no como especuladores, sino como “compradores de servicios y productos financieros”.

⁴⁶ Sobre el contrato de suscripción o inversión en el contexto del *crowdfunding*, vid. HERNÁNDEZ SAINZ, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

⁴⁷ Conforme al art. 311 Ccom., los contratos en los que aparezca como promotor un consumidor estarán sometidos al régimen del préstamo civil, y no al del préstamo mercantil, no solo cuando el inversor sea también consumidor, sino también cuando se trate de un empresario, dado que el destino de los fondos prestados no es la realización de actos de comercio (CUENA, *Las FinTech...*, cit., p. 341). En cambio, será mercantil el préstamo cuando el inversor sea consumidor y el promotor empresario (*ibidem*, p. 345), y también cuando ambas partes sean empresarios. Sobre la inadecuación de las normas generales de Derecho de la contratación para abordar los problemas que plantean las relaciones entre consumidores cuando se dan en el marco de una plataforma de intermediación en línea -y, en particular, de plataformas de financiación participativa-, vid. CUENA (“Régimen...”, cit., p. 462), que recuerda las advertencias formuladas al respecto por la Comisión, y menciona el ejemplo del Derecho francés, donde en 2016 se modificó el art. 1171 del *Code Civil* para extender a los contratos entre consumidores la posibilidad de hacer un control de abusividad de las cláusulas no negociadas individualmente.

⁴⁸ Es cierto que, conforme al art. 75, la información exigida respecto al promotor es distinta en función de que se trate de una persona física o jurídica; pero no se establece diferencia alguna en cuanto a los deberes de información que el art. 76 impone a los promotores -sean o no consumidores- en relación con los préstamos solicitados, y que se corresponden, en buena medida, con los que se imponen a los prestamistas profesionales en el ámbito del crédito al consumo o del crédito inmobiliario; con la importante diferencia de que, en este ámbito, es el prestatario solicitante de la financiación el que ha de facilitar la correspondiente información.

labor de asesoramiento de la propia PFP y con la utilización de los modelos, formularios y procedimientos predispuestos por ella, tanto para poner en marcha el proyecto, como para facilitar la información exigida por la Ley y para la propia formalización y ejecución de los contratos (cfr. art. 51 LFFE 2015).

4. La incidencia de otros bloques normativos en el ámbito de la financiación participativa. En particular, el régimen de las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas.

19. Conviene no perder de vista que, al margen de la posible aplicación de las normas de consumo (y de las especialidades derivadas de su régimen específico), las relaciones que se desarrollan en el contexto de las PFP pueden quedar sometidas a muchas otras disposiciones (cfr. art. 46.3 LFFE 2015). El propio art. 85 LFFE 2015 alude, en concreto, a la aplicación de los mecanismos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros, particularmente en materia de atención a las quejas y reclamaciones que se puedan plantear⁴⁹. Pero también habrá de tenerse en cuenta la posible incidencia en este ámbito de muchas otras disposiciones europeas y nacionales que no son -o no son exclusivamente- normas de protección de los consumidores en sentido estricto (aunque puedan contener disposiciones aplicables a los mismos, como sucede en materia de comercio electrónico o competencia desleal), pero cuya aplicación también podría llegar a plantear problemas de compatibilidad: entre otras, las normas sobre protección de datos personales⁵⁰, sobre servicios de la sociedad de la información, contratación electrónica y servicios digitales⁵¹, sobre servicios de pago⁵², sobre disciplina de la competencia⁵³, etc.

20. Mención aparte merece, en este sentido, el tema de la aplicación de las normas sobre control de las cláusulas abusivas y las condiciones generales de los contratos. Como es sabido, las normas sobre cláusulas abusivas contenidas en los arts. 80 a 91 TRLCU son normas de consumo en sentido estricto, por lo que solo son aplicables cuando una de las partes del contrato es un consumidor y la otra un em-

⁴⁹ El art. 85 LFFE 2015 se refiere en concreto a los arts. 29 y 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, desarrollados por la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo; preceptos que imponen a las entidades de crédito, entidades aseguradoras y empresas de servicios de inversión la obligación de atender y resolver las quejas y reclamaciones planteadas por los usuarios de servicios financieros, disponiendo a tal efecto de los correspondientes departamentos o servicios de atención al cliente; y reconocen a los usuarios el derecho a presentar quejas, reclamaciones y consultas ante los correspondientes servicios del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Sobre esta cuestión, vid. también DA 1ª de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, que se refiere de manera específica a las entidades de resolución alternativa en el ámbito de la actividad financiera; así como el Proyecto de Ley por la que se regulan los servicios de atención al cliente destinados a consumidores y usuarios, actualmente en tramitación; y art. 7 del RSFPE.

⁵⁰ 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 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

⁵¹ 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), transpuesta al Derecho español por Ley 34/2002, de 11 de julio; así como el recién promulgado Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de servicios digitales). Sobre la consideración de las PFP como entidades prestadoras de servicios de la sociedad de la información (aunque no de servicios de intermediación en el sentido del art. 14 de la Ley 34/2002), CARRASCO, *op. cit.*, pp. 188 y 194. Sobre las implicaciones derivadas de la aplicación de las normas sobre comercio electrónico y contratación electrónica a la actividad de las PFP, vid. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Isabel, "El servicio de mediación electrónica de las plataformas de financiación participativa: marco regulador", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 149/2018, parte Crónicas (versión en línea, BIB. 2018/6712, apartados 2.1.C) y IV.1.3).

⁵² Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (Segunda Directiva de Pagos o PSD2); y RD Ley 19/2018, de 23 de noviembre.

⁵³ Entre otras, Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, y Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

presario. En cambio, el régimen de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de los contratos (LCGC), es también aplicable a las relaciones contractuales entre profesionales o empresarios (art. 2)⁵⁴, siempre que concurren los restantes presupuestos exigidos por la Ley; en particular, que, con independencia de su autoría material, las condiciones generales hayan sido predispuestas e impuestas por una de las partes a la otra (art. 1). Dado que la relación que establece la PFP con sus clientes (en virtud de los correspondientes contratos de acceso y mediación⁵⁵) se basa habitualmente en la utilización de contratos de adhesión predispuestos e impuestos por aquella, es indudable que dichos clientes podrán hacer valer los mecanismos de control derivados de la LCGC⁵⁶; si se trata de consumidores, podrán utilizar igualmente los que se derivan del régimen de cláusulas abusivas contenido en el TRLCU.

21. Las dudas surgen a la hora de determinar si ambas normas son también aplicables a la relación contractual que media entre promotor e inversor, y en la que la PFP, por hipótesis, no es parte. Más allá de los requisitos subjetivos apuntados, hay que tener en cuenta que, en el ámbito de la financiación participativa, es normalmente la PFP la que facilita -e incluso impone- los modelos de contrato que han de regir, no solo sus propias relaciones con los clientes, sino también las que habrán de mediar entre estos. Ahora bien, cuando una de las partes del contrato de préstamo sea un consumidor, parece claro que el mismo podrá acogerse al régimen de los arts. 80 y ss. TRLCU para someter al correspondiente control de incorporación o de contenido todas aquellas cláusulas que no hayan sido negociadas individualmente, con independencia de que las mismas hayan sido predispuestas e impuestas por un tercero -la PFP- que no es parte en el contrato⁵⁷. El problema podría plantearse, en cambio, cuando el préstamo se concierte entre dos profesionales o empresarios, ya que la aplicación de los mecanismos de control previstos por la Ley 7/1998 está supeditada a que las condiciones generales hayan sido predispuestas e impuestas precisamente por una de las partes a la otra.

22. A nuestro juicio, lo realmente relevante es que, en la práctica, los sujetos que contratan a través de una PFP han de hacerlo utilizando los modelos contractuales predispuestos por esta; y, en este sentido, puede afirmarse que las condiciones generales les vienen impuestas⁵⁸. Por otro lado, entendemos que, al utilizar los modelos facilitados por la PFP, aquellos clientes que -ya sea desde la posición de promotor o de inversor- actúan como profesionales o empresarios están asumiendo la condición de predisponentes frente a la otra parte⁵⁹. En consecuencia, coincidimos en la aplicabilidad de los mecanismos de control previstos por la LCGC a la relación entre promotor e inversor, siempre que al menos uno de ellos pueda ser considerado como predisponente en el sentido señalado. En lo que se refiere a la PFP, coincidimos igualmente en que se debe reconocer a la misma legitimación pasiva respecto al ejercicio de las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de nulidad que regula la LCGC, en la medida en que elabora, utiliza y recomienda el uso de las condiciones generales; aunque nos plantea más dudas la posibilidad de admitir dicha legitimación respecto al ejercicio de las acciones individuales de nulidad y no incorporación⁶⁰, que solo cabría reconocer respecto a quien es parte en el contrato de préstamo⁶¹.

⁵⁴ No, en cambio, cuando las dos partes del contrato de préstamo (prestamista y promotor) tengan la condición de consumidores.

⁵⁵ Sobre la naturaleza del contrato que vincula a la PFP con sus clientes (promotores e inversores), vid., por todos, CUENA, *Las FinTech...*, cit., pp. 223 y ss.

⁵⁶ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, ap. IV.1.2.

⁵⁷ Según MARÍN LÓPEZ (*op. cit.*, p. 5), el contrato entre el promotor consumidor y el inversor empresario está sometido a las normas de consumo, en especial la Ley 16/2011, y también al régimen de cláusulas abusivas, siempre que las mismas hayan sido predispuestas e impuestas por el empresario, y al margen de que ese modelo de contrato haya sido redactado y suministrado al empresario por la PFP, como permite el art. 51.2.d) LFFE 2015.

⁵⁸ Como indica CUENA (“Régimen...”, cit., p. 455), “en la contratación a través de PFP, a mi juicio, concurre el requisito de la imposición porque los usuarios de la plataforma no tienen otra opción razonable disponible que asumir el contrato propuesto por la PFP”.

⁵⁹ CUENA, “Régimen...”, cit., p. 456.

⁶⁰ En este sentido, CUENA (“Régimen...”, cit., p. 457), para quien este planteamiento podría apoyarse en el hecho de que sea la propia LFFE 2015 la que permite a la PFP establecer el modelo de contrato, que no es legalmente supervisado por la CNMV.

⁶¹ Sin perjuicio de que, en su caso, la parte perjudicada por el clausulado predispuesto por la PFP pueda reclamar responsabilidad a esta con base en el incumplimiento de su deber de neutralidad (CUENA, “Régimen...”, cit., p. 455).

5. Los artículos 86, 87 y 88 de la LFFE 2015: la aplicación de las normas sobre crédito al consumo en el ámbito de la financiación participativa

23. Dándose, por tanto, los presupuestos subjetivos anteriormente aludidos (que una de las partes actúe como consumidor, y la otra como empresario o profesional), y sin perjuicio de la aplicación prioritaria de las especialidades derivadas de su regulación específica⁶², las distintas relaciones que se den en el ámbito de las PFP estarán sujetas a las normas sobre consumo, tanto las de carácter transversal (p. ej., normas sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, información precontractual, publicidad, prácticas comerciales desleales, responsabilidad por servicios defectuosos y por falta de conformidad en el suministro de servicios digitales, solución extrajudicial de conflictos, normas de Derecho internacional privado⁶³, etc.), como, en su caso, las que resulten aplicables por razón de la materia. Entre estas últimas, habrá que tener en cuenta que los contratos de crédito o préstamo concedidos por empresas o profesionales y que tienen por destinatarios a consumidores pueden estar sometidos a diferentes normas europeas y nacionales, que se articulan y complementan entre sí con arreglo a criterios diversos: normas sobre crédito al consumo, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, sobre contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios o para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial, etc. Por su parte, la relación entre la PFP y sus clientes consumidores (ya se trate de promotores o inversores) se basa en un contrato celebrado a distancia y por vía electrónica, relativo al suministro de servicios digitales⁶⁴, consistentes en la prestación, por parte de la PFP, de un servicio de intermediación financiera, al que también son aplicables algunas de las disposiciones mencionadas. En particular, la aplicación de las normas de consumo en el contexto de las PFP -en la medida en que no sean incompatibles con su regulación específica- permitirá a los inversores o promotores que tengan la condición de consumidores hacer uso de los derechos y mecanismos de protección que en ellas se prevén en relación, según los casos, con el contrato de inversión, de crédito o de préstamo, o en relación con el contrato de intermediación (p. ej., plazos de reflexión, derechos de desistimiento, derecho de reembolso anticipado, derecho a reclamar responsabilidad por falta de conformidad del servicio, etc.); al tiempo que obligará, tanto a las propias PFP como a quienes actúen como promotores o inversores profesionales, a cumplir los correspondientes requisitos y deberes (p. ej., en materia de comunicaciones comerciales y publicidad, información general, información precontractual y postcontractual, contenido y forma de los contratos, servicios accesorios, evaluación de solvencia de los solicitantes de crédito, etc.).

24. Sin embargo, la concurrencia de disposiciones cuyos ámbitos de aplicación son parcialmente coincidentes y que regulan mecanismos de protección, en ocasiones, similares o equivalentes (p. ej., en relación con los derechos de reflexión o de desistimiento que puedan corresponder al promotor o al inversor con base en distintas normas), puede dar lugar a importantes dudas interpretativas a la hora de determinar cuál será el criterio aplicable para resolver los posibles conflictos de normas que incidan sobre un mismo supuesto de hecho estableciendo regulaciones distintas⁶⁵. A falta de un criterio legal

⁶² Respecto a la relación contractual entre promotor y prestamista, vid., en particular, arts. 74 a 76 LFFE 2015, que establecen los requisitos aplicables a los préstamos. En cuanto a la relación contractual entre la PFP y sus clientes (tanto promotores como inversores), vid., en particular, arts. 51 y 52 LFFE 2015, donde se enumeran los servicios principales y auxiliares que pueden prestar las PFP, así como las actividades que tienen prohibidas (en especial, la prestación de servicios reservados a las empresas de servicios de inversión y a las entidades de crédito, así como los que corresponden a las entidades de pago, salvo que hayan obtenido la autorización como entidades de pagos híbridas). Sobre el tema, vid. MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

⁶³ Arts. 17 a 19 del Reglamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis); y art. 6 del Reglamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

⁶⁴ Cfr. Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; y Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

⁶⁵ De “rompecabezas normativo” habla CUENA (“Régimen...”, cit., p. 453), subrayando que ello redundaría en la desprotección del consumidor, por la dificultad de armonizar las múltiples normas que inciden sobre el mismo ámbito.

expreso que determine la preferencia de una u otra norma en cada caso concreto, parece lógico pensar que, en la medida en que las dos regulaciones puedan ser compatibles, habrá de optarse por su aplicación cumulativa (p. ej., en materia de deberes de información). En caso de incompatibilidad, es dudoso si el conflicto de normas habrá de resolverse acudiendo al criterio de especialidad (al que parece aludir el propio art. 85 LFFE 2015), o al criterio, habitual en materia de consumo, de la mayor protección para el consumidor (vid., p. ej., art. 1.3 de la Ley 2/2009). Teniendo en cuenta la gran variedad de supuestos que pueden llegar a plantearse, parece claro que habrá que analizar cada caso concreto por separado.

25. Por otra parte, ya hemos adelantado que la aplicación en el ámbito de la financiación participativa de las normas de consumo -especialmente de aquellas que inciden sobre regulación de los servicios financieros y de inversión- plantea un problema adicional: hasta el momento, ninguna de esas normas ha tenido en cuenta, de manera específica, las peculiaridades que presenta este sector, y que lo diferencian claramente del mercado tradicional del crédito y la inversión. En este último, el consumidor que busca financiación, tras ser sometido a la preceptiva evaluación de solvencia, aparece como potencial destinatario de una pluralidad de ofertas y propuestas de crédito procedentes de prestamistas profesionales, entre las cuales debe elegir, tras disponer de la posibilidad de comparar unas y otras y de reflexionar sobre la mayor o menor conveniencia de cada una. En el *crowdfunding* de consumo, en cambio, es el consumidor el que toma la iniciativa de elaborar y publicar un proyecto -que opera como oferta de contrato⁶⁶-, estableciendo en él las condiciones y características de los préstamos que solicita a unos inversores inicialmente indeterminados (cfr. art. 76 LFFE 2015). Ello implica que puedan plantearse importantes dudas a la hora de determinar en qué medida algunos de los derechos, deberes y requisitos previstos en las normas de consumo preexistentes pueden carecer de sentido en el ámbito del *crowdfunding* o deben tener un alcance diferente para adaptarlos a la dinámica propia de este⁶⁷.

26. Determinados preceptos de la LFFE 2015 responden, precisamente, a la necesidad de resolver, al menos en parte, algunos de los problemas apuntados, ya que en ellos se trata de aclarar de qué modo han de incidir ciertas normas de consumo en el ámbito de la financiación participativa teniendo en cuenta, por una parte, la concurrencia con las previsiones derivadas de la propia LFFE 2015, y, por otra, la necesidad de adaptar algunos de los preceptos contenidos en aquellas normas a las peculiaridades propias del *crowdfunding*.

27. Especial interés presentan, en este sentido, las previsiones contenidas en los arts. 86, 87 y 88 LFFE 2015. En este último se incluye una norma específica de protección a los promotores consumidores, consistente en la obligación, impuesta a las PFP, de advertir a aquellos del riesgo de endeudamiento excesivo que pueda implicar la obtención de financiación por esta vía; extremo que, como se verá, ha de conectarse con el deber de evaluar la solvencia de los potenciales prestatarios que las normas aplicables (arts. 14 y 15 LCCC, art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible; y arts. 11 y 12 Ley 5/2019) imponen a los prestamistas profesionales, en línea con las exigencias del llamado “crédito responsable”. Por su parte, el art. 87 establece una importante limitación en cuanto al tipo de préstamos o créditos que pueden contratarse a través de una PFP cuando el promotor es un consumidor, al prohibirse de forma expresa la publicación de proyectos en los que los (promotores) consumidores soliciten un préstamo o crédito con garantía hipotecaria sobre cualquier bien inmueble de su propiedad⁶⁸.

⁶⁶ CUENA, “Régimen...”, cit., pp. 438 y 454.

⁶⁷ MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 6 a 8; CUENA, “Régimen...”, cit., pp. 452 y 458, donde señala que, debido a las circunstancias señaladas, difícilmente podrían aplicarse en el ámbito de la financiación participativa los límites establecidos para los préstamos usuarios, ya que es el propio prestatario el que determina el tipo de interés que está dispuesto a pagar.

⁶⁸ Art. 87 LFFE 2015: “Prohibición de préstamos o créditos hipotecarios en proyectos con consumidores. Las plataformas de financiación participativa no publicarán proyectos en los que los consumidores soliciten un préstamo o crédito con garantía hipotecaria”. La norma se solapa parcialmente con la contenida en el art. 74.2 LFFC 2015, en el que se prohíbe que los proyectos basados en préstamos puedan incorporar una garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual del prestatario; precepto cuyo ámbito de aplicación ha de limitarse a las personas físicas -únicas respecto a las cuales tiene sentido hablar de vivienda habitual-, pero con independencia de que tengan o no la condición de consumidores.

En su momento, tal prohibición parecía responder al diseño de obstaculizar legalmente el desarrollo del *crowdfunding* de consumo en el ámbito inmobiliario, obligando en la práctica a los consumidores a recurrir a los cauces de financiación tradicionales (en especial bancarios)⁶⁹. Desde el punto de vista normativo, este planteamiento ha limitado extraordinariamente la aplicabilidad, en el ámbito del *crowdfunding*, de aquellas normas legales (en particular, las Leyes 2/2009 y 5/2019) que tienen por objeto regular de forma específica la concesión de préstamos o créditos hipotecarios a los consumidores (salvo, como veremos, en el extremo relativo a la consideración de las PFP como intermediarios de crédito). Es importante destacar, no obstante, que el panorama en este aspecto cambia radicalmente a partir del momento en que, con la aprobación de la Ley 18/2022, y la correlativa derogación del texto original del Título V LFFE, desaparece la prohibición establecida por los citados arts. 74.2 y 87, lo que, previsiblemente, permitirá que el *crowdfunding* inmobiliario de consumo pueda desarrollarse, al menos, en la medida en que la realidad del mercado lo permita⁷⁰.

28. Especial interés para nuestro trabajo presenta el examen del art. 86 LFFE 2015 (rubricado “*Aplicación del derecho de consumo a las plataformas de financiación participativa*”), que, partiendo de la base de que la financiación de proyectos de consumo a través de PFP puede dar lugar a la aplicación de determinadas normas relacionadas con el crédito al consumo, trata de aclarar -en cierta medida- de qué manera estas habrán de incidir sobre la posición de las PFP y sobre los requisitos y deberes exigibles a las mismas. En particular, el precepto hace referencia, en sus dos apartados, a la incidencia en este ámbito de dos normas (la Ley 2/2009, y la Ley 16/2011⁷¹) que, desde puntos de vista parcialmente distintos, regulan la concesión de préstamos o créditos a los consumidores y las correspondientes actividades de intermediación. Dando por sentado que ambas disposiciones son aplicables en el ámbito regulado por la LFFE 2015, el art. 86 aclara, ante todo, que, a efectos de tal aplicación, la PFP tendrá la consideración de intermediario en relación con los contratos de préstamo o crédito que se celebren entre promotor e inversor haciendo uso de los servicios de aquella⁷²; pero, en segunda instancia, el precepto

⁶⁹ En sentido crítico respecto a la prohibición del art. 87 LFFE 2015, vid. VERDÚ (*op. cit.*, p. 252), para quien supone una importante limitación para la financiación participativa, ya que obliga a los consumidores a recurrir al mercado tradicional del crédito. Considera igualmente injustificada la diferencia respecto a la limitación derivada del art. 74.2, entendiendo que sería suficiente, tanto para empresarios como para consumidores, la imposibilidad de gravar la vivienda habitual; y concluye: “Un exceso de proteccionismo legislativo puede derivar, en la práctica, en la escasa utilidad del sistema”. En el mismo sentido, ZUNZUNEGUI, “Régimen...”, *cit.*, p. 195.

⁷⁰ Sobre el *crowdfunding* inmobiliario de consumo, orientado a proyectos de construcción, rehabilitación o compra de la propia vivienda del promotor, vid., en general, AMAT, *op. cit.*, en especial pp. 41 y ss., donde, sobre la base de la LFFE 2015, se analiza la posición del promotor consumidor en este tipo de supuestos. Vid. también pp. 46 y ss., donde el autor manifiesta sus dudas sobre la verdadera virtualidad del *crowdfunding* como vía alternativa de financiación para los consumidores en el ámbito inmobiliario, teniendo en cuenta que la propia LFFE 2015 tiene por objetivo primordial la financiación de empresas, especialmente pequeñas y medianas, y que es también en este ámbito donde el *crowdfunding* inmobiliario está llamado a desarrollarse. Argumenta, en este sentido, que la complejidad inherente a la figura la hace poco viable para el consumidor medio, y que tampoco es probable que los proyectos inmobiliarios de consumo puedan resultar atractivos ni para las PFP ni para los inversores; que una de las vías de financiación reguladas por la LFFE 2015 (el *equity crowdfunding*) está vedada, por definición, para las personas físicas, que solo podrían acudir al *crowdfunding* de préstamo; y todo ello con la dificultad añadida que supone la prohibición de garantizar los préstamos con garantía real hipotecaria (art. 87 LFFE 2015). Vid. también VERDÚ (*op. cit.*, p. 258, n. 26), quien advierte que, al menos en España, la mayoría de plataformas de *crowdfunding* inmobiliario optan por el modelo del *equity crowdfunding* (mediante la constitución de sociedades), y no por el *crowdfunding* de préstamo. Sin embargo, HERNÁNDEZ SAINZ (*op. cit.*, p. 6) apunta que algunas plataformas también publican operaciones de *crowdfunding* o préstamo plural en operaciones de captación de financiación para promotores que desean construir o rehabilitar viviendas.

⁷¹ Ambas normas siguen vigentes en la actualidad, aunque la Ley 2/2009 ha visto notablemente alterado su ámbito de aplicación con la promulgación de la Ley 5/2019 (sobre la cual vid. *infra*, II.6), y la LCCC habrá de ser sustituida por una nueva si llega a aprobarse la Propuesta de Directiva relativa a los créditos al consumo (que será examinada en el apartado IV).

⁷² Subraya MARÍN LÓPEZ (*op. cit.*, p. 8) que la doble regulación de los intermediarios de crédito que resulta de las dos normas señaladas es inadecuada, ya que el ámbito de aplicación de ambas leyes (cuya promulgación obedece a motivos y contextos distintos) se superpone parcialmente, generando inseguridad jurídica. La consideración de la PFP como intermediario es compatible con la posibilidad de que la misma pueda formalizar el contrato de préstamo actuando en representación del inversor en virtud del mandato (o apoderamiento) eventualmente conferido al efecto (art. 51.3 LFFE 2015). Adviértase, no obstante, que, si bien la LFFE 2015 prohíbe a las PFP, como regla general, conceder créditos o préstamos tanto a los promotores como a los inversores (art. 52.2.e)), en su art. 63.1 (rubricado “proyectos vinculados”) admite, de forma excepcional, la posibilidad

incorpora ciertas previsiones orientadas a ajustar o adaptar la aplicación de cada una de aquellas normas a las características propias de la financiación participativa, tratando de evitar duplicidades y limitando así la carga regulatoria impuesta a las PFP.

6. La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito

29. Así, el art. 86.1 LFFE 2015⁷³ se refiere a la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Según se explica en su Exposición de Motivos, el objetivo de la Ley (que no obedece a la necesidad de transponer ninguna norma comunitaria, sino que fue dictada en el contexto de la crisis financiera de 2008, provocada, entre otras causas, por el estallido de la famosa “burbuja inmobiliaria”) era reforzar la protección de los consumidores en el sector financiero, ante la aparición y proliferación de nuevos operadores (en particular, empresas que, sin ser entidades de crédito, concedían préstamos o créditos), y de nuevos servicios (como los de intermediación del crédito, especialmente en supuestos de agrupación de créditos o préstamos) que, en aquel momento, estaban insuficientemente regulados.

30. A tal efecto, el ámbito de aplicación de la norma (art. 1) aparece limitado en un doble sentido: desde el punto de vista objetivo, se trata de complementar, sin desplazarla, la regulación preexistente en materia de protección de los consumidores en general y, en particular, la aplicable a determinados servicios financieros destinados a los consumidores con independencia de que su prestador sea una entidad de crédito u otro tipo de empresa (p. ej., el crédito al consumo o la comercialización a distancia de servicios financieros); advirtiéndose que, en caso de conflicto, será de aplicación “*la norma que contenga un régimen más preciso de control de las actividades definidas en el apartado primero o suponga una mayor protección de los consumidores y usuarios*” (art. 1.3 *in fine*)⁷⁴. Desde el punto de vista subjetivo, se pretende regular únicamente la concesión de préstamos o créditos hipotecarios y las

de que los proveedores de PFP puedan participar, dentro de ciertos límites y con ciertos requisitos, en la financiación de proyectos publicados en su propia plataforma, aunque no en otras plataformas (art. 63.4); en cuyo caso deberán ser consideradas ellas mismas como prestamistas a efectos de la aplicación de las normas sobre crédito al consumo (MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 5; en relación con la Ley 2/2009, vid. CUENA, “Régimen...”, *cit.*, p. 452; respecto a las Leyes 22/2007 y 16/2011, CARRASCO, *op. cit.*, p. 188). Como veremos, esa posibilidad excepcional desaparece definitivamente en el régimen derivado del RSFPE y del nuevo Título V de la LFFE, redactado conforme a la Ley 18/2022. La posibilidad de que, incluso de forma excepcional, y con sujeción a ciertos límites y requisitos, pudieran las PFP, bajo la vigencia de la LFFE 2015, participar como inversores o como promotores (cfr. art. 63.2) en los proyectos publicados en la propia plataforma, fue objeto de críticas por parte de la doctrina, en la medida en que podía comprometer la neutralidad exigible a la PFP y dar lugar a conflictos de intereses (por todos, vid. SÁNCHEZ RUIZ, “Deberes...”, *cit.*, pp. 36 y ss.); aunque también se ha señalado que, con las debidas precauciones y dentro de ciertos límites, podría ser un buen sistema para alinear los intereses de las PFP con los de los clientes (MACCHIAVELLO, Eugenia, “The European Crowdfunding Service Providers Regulation and the Future of Marketplace Lending and Investing in Europe: the ‘Crowdfunding Nature’ Dilemma” (actualizado en Julio de 2020) (30 de Julio de 2020). Publicación prevista en *European Business Law Review*, 2021, 3, pp. 1 a 47. Consultado en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3668590> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3668590>, p. 26), facilitando asimismo la financiación de proyectos viables pero que, de otro modo, correrían el riesgo de no alcanzar el mínimo previsto.

⁷³ Art. 86.1 LFFE 2015: “*En sus relaciones con aquellos promotores que tengan la consideración de consumidor, la plataforma de financiación participativa tendrá la consideración de intermediario a efectos de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, que les será de aplicación en los siguientes términos: a) No será de aplicación la obligación de registro establecida por el artículo 3 de la citada Ley. b) No será de aplicación la obligación de disponer de un seguro de responsabilidad civil o aval bancario establecido por el artículo 7 de la citada Ley. c) No serán de aplicación las obligaciones sobre comunicaciones comerciales y publicidad y las obligaciones adicionales a la actividad de intermediación de los artículos 19.3 y 22 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo*”.

⁷⁴ Vid., no obstante, art. 1.2, que excluye la aplicación de la propia Ley 2/2009 respecto a las actividades incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 28/1998, de venta a plazos de bienes muebles; y art. 1.1, que, tras las modificaciones introducidas por la Ley 5/2019, excluye también la aplicación de la Ley 2/2009 respecto a los contratos regulados por aquella Ley.

actividades de intermediación o asesoramiento en la concesión de préstamos o créditos a consumidores cuando tales actividades son realizadas por empresas -personas físicas o jurídicas- que no son entidades de crédito -y que, por tanto, no están sometidas al régimen de ordenación y supervisión propio de estas-, extendiéndoles ciertos requisitos y obligaciones (p. ej., en materia de transparencia) que hasta entonces solo se exigían a tales entidades⁷⁵.

31. Habida cuenta de que la propia configuración legal de las PFP (en la LFFE 2015) excluye su consideración como entidades de crédito, y que entre sus actividades puede estar la intermediación en la concesión de préstamos y créditos a los consumidores⁷⁶, puede considerarse acertada la decisión legal de aclarar, al menos en cierta medida, el modo en que la Ley 2/2009 ha de incidir sobre ellas. En este sentido, el art. 86.1 LFFE 2015 dispone que, a efectos de dicha Ley, y en su relación con el promotor consumidor, la PFP tendrá la consideración de intermediario⁷⁷, y estará por tanto sujeta a los correspondientes deberes (p. ej., en materia de transparencia, tablón de anuncios, información precontractual, forma del contrato, derecho de desistimiento del consumidor⁷⁸, etc.; cfr. arts. 19 a 22); si bien quedará exenta de determinados requisitos y deberes que la Ley 2/2009 impone a los intermediarios, pero que ya pueden considerarse suficientemente cubiertos por las previsiones de la propia LFFE 2015 (p. ej., obligación de inscripción en los correspondientes registros autonómicos, seguro de responsabilidad civil o aval bancario, obligaciones en materia de comunicaciones comerciales y publicidad, información acerca del alcance de su funciones y representación como intermediario independiente⁷⁹, régimen de retribución, prohibición de percibir fondos del consumidor destinados al contrato principal), o bien carecen de sentido en el contexto de la financiación participativa (p. ej., obligación de presentar al consumidor varias ofertas vinculantes que se ajusten a las características de aquel). Obsérvese que, conforme al texto del art. 86.1 LFFE 2015, la consideración de la PFP como intermediario a los efectos de la Ley 2/2009 no se limita a aquellos supuestos en que en el contrato de crédito “intermediado” aparezca como prestamista un profesional, sino que se extiende también a los contratos que se den entre consumidores; lo que, por lo demás, no contradice la definición que de su propio ámbito de aplicación hace la Ley 2/2009, que según su art. 1.1, es aplicable a los contratos de intermediación entre consumidor e intermediario profesional con independencia de que el crédito o préstamo sea concedido, a su vez, por un profesional.

32. Téngase en cuenta, por otra parte, que con la derogación, por obra de la Ley 18/2022, de la prohibición contenida en el art. 87 LFFE 2015 queda abierta de nuevo la posibilidad de que puedan concederse préstamos con garantía hipotecaria dirigidos a consumidores a través de PFP, lo que dará lugar a que las normas contenidas en la Ley 2/2009 -y, como luego veremos, en la Ley 5/2019- deban ser aplicadas, con las necesarias adaptaciones, no solo a la actividad de la propia plataforma, sino también a la relación entre prestamista y promotor (p. ej., en lo relativo a la información precontractual, tasación

⁷⁵ Cfr. en particular, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

⁷⁶ En efecto, la Ley 2/2009 no solo regula préstamos o créditos hipotecarios destinados a los consumidores, cuya concesión a través de PFP resultaba vedada por la prohibición impuesta en el art. 87 LFFE 2015 (lo que determina que, en tanto esta norma estuviera vigente, el contrato de préstamo entre promotor consumidor e inversor no pudiera quedar sometido en ningún caso a la Ley 2/2009; MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 8), sino también la prestación de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, de cualquier tipo -no necesariamente garantizados con hipoteca- y con cualquier finalidad -no necesariamente la adquisición de inmuebles- destinados a los consumidores; y es en este segundo ámbito donde, aun bajo la vigencia de la LFFE 2015, podría encajar la actividad propia de las PFP (AMAT, *op. cit.*, p. 42).

⁷⁷ Señala CUENA (*Las FinTech...*, cit., p. 203) que la remisión expresa a la Ley 2/2009 (y a la Ley 16/2011) es oportuna, porque la función de las PFP no encaja del todo con el concepto legal de intermediario de crédito previsto en dichas normas, especialmente en lo que se refiere a las limitaciones que se imponen a aquellas en materia de asesoramiento a los promotores.

⁷⁸ Cfr. art. 21.2 de la Ley 2/2009, que reconoce el derecho de desistimiento del consumidor respecto al contrato de intermediación en el plazo de catorce días naturales desde la formalización del contrato. Su ejercicio por parte del promotor consumidor en el contexto de la financiación participativa habría de llevar consigo la eliminación de la publicación del proyecto en la plataforma (CARRASCO, *op. cit.*, p. 190).

⁷⁹ Dada la configuración legal de las PFP y el deber de neutralidad al que están sujetas, a los efectos de la Ley 2/2009 (art. 19.3) (y de la Ley 16/2011; art. 33.1.a)) deberán ser consideradas siempre como “intermediarios independientes”, no vinculados a empresas o entidades determinadas; vid. CARRASCO, *op. cit.*, p. 188.

del bien y otros servicios accesorios, condiciones de transparencia de los contratos, y control de legalidad a cargo de notarios y registradores; cfr. arts. 12 a 18).

7. La Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo

33. Un planteamiento parecido es el del art. 86.2 LFFE 2015⁸⁰, que se refiere a la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCCC)⁸¹, confirmando que, a efectos de la aplicación de dicha Ley, y en su relación con aquellos promotores que sean consumidores, la PFP tendrá también la consideración de intermediario, y quedará por tanto sujeta a los correspondientes deberes y requisitos, con ciertas excepciones y adaptaciones impuestas por la dinámica propia del *crowdfunding*. Tal como aparece redactada la norma, es posible entender que la PFP será considerada como intermediaria de crédito a efectos de la LCCC siempre que el promotor prestatario sea un consumidor, y al margen de que los inversores prestamistas sean o no profesionales⁸²; y ello pese a que tanto la Directiva 2008/48 (art. 3.1.b)), como la propia LCCC (art. 2.2) solo son aplicables, en principio, a los contratos de crédito al consumo -y a las correspondientes actividades de intermediación- en las que el prestamista sea un profesional⁸³.

34. En efecto, conviene recordar que la LCCC -que transpone al Derecho español la Directiva 2008/48⁸⁴- regula los préstamos o créditos que un prestamista profesional -ya sea persona física o jurídica, y al margen de que se trate o no de una entidad de crédito- ofrece y/o concede a un consumidor persona física (no se contempla en este caso la posible aplicación de la norma a los consumidores personas jurídicas) para fines ajenos a una actividad comercial o empresarial, así como la actividad de los intermediarios profesionales de crédito⁸⁵. La norma es aplicable con independencia de que los contratos

⁸⁰ Art. 86.2 LFFE 2015: “En sus relaciones con aquellos promotores que tengan la consideración de consumidor, la plataforma de financiación participativa tendrá la consideración de intermediario a efectos de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, a cuyos efectos se entenderán cumplidos los siguientes requisitos con la publicación del proyecto por una plataforma de financiación participativa que haya obtenido la preceptiva autorización y se halle inscrita en el correspondiente registro de dicha Ley: a) La presentación de una oferta vinculante a la que se refiere el artículo 8 de la citada Ley. b) La comunicación de la información previa al contrato y su publicidad a la que se refieren los artículos 9 y 10 de la citada Ley”.

⁸¹ La LCCC vino a derogar la anterior Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, que a su vez había realizado la transposición al Derecho español de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, posteriormente modificada por la Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990, y finalmente derogada por la Directiva 2008/48.

⁸² MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 9.

⁸³ A propósito de la Directiva, MACCHIAVELLO, *op. cit.*, p. 11, n. 40. La posibilidad de considerar como acreedor (es decir, “prestamista”) a los efectos del art. 3.b) de la Directiva 2008/48 a una plataforma de *crowdfunding* que se limitaba a facilitar los préstamos entre sus clientes, sin prestar el dinero, pero fijando los términos del contrato, fue planteada ante el TJUE en el asunto C-311/15, *TrustBuddy AB vs. Lauri Pihlajaniemi*; pero no llegó a resolverse al ser retirada la cuestión prejudicial por el tribunal finlandés que la había planteado como consecuencia de la insolvencia de la plataforma (cfr. MACCHIAVELLO/SCIARRONE, *cit.*, p. 44; MACCHIAVELLO, *op. cit.*, p. 11, n. 40). Como señalan VRBLJANCA/KUNDA (*op. cit.*, p. 306), el prestamista no puede ser considerado como consumidor a los efectos de la Directiva de crédito al consumo, ya que esta solo contempla los supuestos en que el consumidor es el destinatario del crédito.

⁸⁴ Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. Tras ser objeto de sucesivas reformas, la Directiva 2008/48 se encuentra en vías de ser sustituida por una nueva Directiva, actualmente en fase de Propuesta (PDCC), y sobre la que volveremos posteriormente (vid. *infra*, IV), ya que en ella sí se tiene en cuenta, de manera específica, el fenómeno de la financiación participativa orientada a los consumidores. Sobre los planteamientos seguidos hasta el momento por la legislación de los diferentes Estados miembros en relación con la aplicación al *crowdfunding* de consumo de las normas derivadas de la Directiva de crédito al consumo, vid. MACCHIAVELLO, *op. cit.*, p. 11, n. 39.

⁸⁵ Téngase en cuenta también la posible incidencia en este ámbito de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, que establece el régimen de los contratos de venta a plazos de bienes muebles corporales no consumibles e identificables, de los contratos de préstamo destinados a facilitar su adquisición y de las garantías que se constituyen para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de los mismos. No se trata específicamente de una norma de protección de los consumidores, aunque sí complementa el régimen de la LCCC en los términos que resultan del art. 2 LVPBM (según la redacción dada, a su vez, por la DF 2ª de la LCCC): “Los contratos sujetos a esta Ley que también se encuentren incluidos en

hayan de celebrarse o no a distancia, sin perjuicio de que, cuando se dé esta circunstancia, puedan entrar en juego, adicionalmente, las normas que regulan la contratación electrónica o la comercialización a distancia de servicios financieros. Se excluyen del ámbito de aplicación de la Ley, entre otros (art. 3), los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria, o destinados a la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre tierras o edificios construidos o por construir⁸⁶; los contratos de crédito cuyo importe total sea inferior a 200 euros; los contratos de arrendamiento o arrendamiento financiero sin obligación de compra por parte del arrendatario; los contratos de crédito libres de intereses y sin ningún otro tipo de gastos, y aquellos en los que el crédito haya de ser reembolsado en el plazo máximo de tres meses y por los que solo se deban pagar unos gastos mínimos. La aplicación de la Ley solo será parcial en el caso de los contratos de crédito cuyo importe total sea superior a 75.000 euros (art. 4.5)⁸⁷.

35. La LCCC regula de forma detallada los derechos que se reconocen al prestatario con carácter imperativo e irrenunciable, así como los requisitos y deberes que incumben a los prestamistas y a los intermediarios de crédito en materia de comunicaciones comerciales y publicidad, información general, información precontractual y postcontractual, evaluación de la solvencia de los potenciales prestatarios, contenido y forma de los contratos, etc. En general, se trata de deberes que se imponen directamente a los prestamistas frente a los prestatarios consumidores, aunque algunos de ellos, relativos a informaciones y actuaciones previas a la celebración del contrato (contenido de la publicidad y de la información precontractual, asistencia previa al contrato), se extienden también, en su caso, a los intermediarios que intervengan en esa fase (cfr. arts. 9 a 13). Aunque, en principio, tales deberes serían también aplicables a las PFP, en cuanto intermediarios de crédito, el art. 86.2 LFFE 2015 precisa que los derivados de los arts. 8 a 10 (presentación de una oferta vinculante y comunicación de la información previa al contrato y su publicidad) se tendrán por cumplidos con la publicación del proyecto por una PFP que esté debidamente autorizada y registrada con arreglo a la propia Ley. No se excluye de forma expresa la aplicación del deber de prestar asistencia y asesoramiento al consumidor con carácter previo a la celebración del contrato (art. 11 LCCC), aunque parece claro que, en el contexto del *crowdfunding*, el sentido de ese deber habrá de situarse más bien en línea con el servicio de asesoramiento que las PFP pueden prestar al promotor (art. 51.2.a) LFFE 2015) para la elaboración y publicación del proyecto⁸⁸. No serán aplicables a las PFP en ningún caso los deberes derivados de los arts. 12 y 13 LCCC, referidos a supuestos que nada tienen que ver con este ámbito.

36. En el caso de los deberes que se imputan específicamente a los intermediarios de crédito en su relación con los consumidores, el art. 33 LCCC, tras imponerles la obligación de informar acerca del alcance de su función y representación y sobre su régimen de retribución, deja a salvo las obligaciones que se derivan de la Ley 2/2009. Se trata, en este caso, de deberes de información precontractual relativos a extremos sobre los cuales la propia regulación derivada de la LFFE 2015 garantiza su conocimiento por parte del promotor consumidor, por lo que su aplicación en este ámbito puede considerarse redundante o inútil⁸⁹.

el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo se regirán por los preceptos de esta última. La presente Ley se aplicará con carácter supletorio a los contratos a que se refiere el párrafo anterior”.

⁸⁶ Supuestos ambos cuya regulación sería posteriormente abordada en la Directiva 2014/17 y, en el caso de España, en la Ley 5/2019, de crédito inmobiliario (sobre las cuales vid. *infra*, apartado II.9), aunque previamente ya había incidido sobre este ámbito la Ley 2/2009.

⁸⁷ La propia Directiva 2014/17, en su art. 46, vino a introducir un nuevo apartado 2 bis en el art. 2 de la Directiva 2008/48 con objeto de incluir en el ámbito de aplicación de esta “*los contratos de crédito no garantizados que tengan por finalidad la renovación de un bien inmueble de uso residencial y que entrañen un crédito cuyo importe total exceda de 75.000 euros*”. Hasta donde sabemos, tal modificación no ha sido objeto de transposición al Derecho español.

⁸⁸ CUENA, “Régimen...”, cit., p. 458; y MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁹ Como señala MARÍN LÓPEZ (*op. cit.*, p. 9), las obligaciones de información precontractual que impone el art. 33 LCCC “casan mal con el funcionamiento de las PFP y con el modo de producirse la concesión de créditos”. Así, considera el autor que, a pesar del silencio de la LFFE 2015, el art. 33.1.a) LCCC (que impone la obligación de informar al prestatario sobre las funciones y representación del intermediario, y sobre si actúa como intermediario vinculado o independiente) no rige para las PFP, ya que el contenido del precepto es idéntico al del art. 19.3 de la Ley 2/2009, que no se aplica a las PFP por expresa previsión del art. 86.1.c) LFFE 2015. Advierte el autor, en todo caso, que, en el ámbito del *crowdfunding*, el promotor ha de

37. Si parecen aplicables en el ámbito de la financiación participativa (sin perjuicio de las especialidades derivadas de su regulación específica y de las adaptaciones que imponga la mecánica propia del *crowdfunding*) los derechos que se reconocen al prestatario consumidor frente al prestamista profesional⁹⁰ en relación con aspectos tales como la forma y contenido del contrato (art. 16)⁹¹, modificación del coste total del crédito (art. 22), cobro de lo indebido (art. 25), derecho de desistimiento (art. 28), reembolso anticipado (sin perjuicio de la compensación debida al prestamista; art. 30), y derecho a no verse perjudicado en caso de cesión del crédito o del contrato a un tercero (art. 31). En el caso de los créditos concedidos para financiar la adquisición de un bien o servicio, cabe pensar que el promotor consumidor también podrá acogerse a las previsiones orientadas a regular las consecuencias derivadas de la no celebración o de la posible ineficacia de uno u otro contrato (cfr., p. ej., arts. 24, 26 y 29). En lo que se refiere, en concreto, al régimen de los contratos vinculados (art. 29), es cierto que, en el ámbito del *crowdfunding*, y conforme a la vigente LCCC, difícilmente podrá darse el caso de que el contrato de adquisición de bienes o servicios y el de crédito orientado a financiarlos constituyan una unidad comercial desde el punto de vista objetivo, en la medida en que el préstamo, en estos casos, no se obtiene en virtud de la colaboración planificada entre prestamista y proveedor del bien o servicio financiado⁹². A nuestro juicio, ello hará inaplicable el apartado 3 del art. 29 (posibilidad de que el consumidor reclame frente al prestamista en caso de incumplimiento del contrato de consumo); pero no necesariamente el apartado 2 (extensión al contrato de crédito de los efectos del desistimiento ejercitado respecto al contrato de consumo), en la medida en que la vinculación entre ambos contratos resulte del propio proyecto de financiación participativa puesto a disposición de los prestamistas⁹³.

38. Con todo, las principales dudas acerca de la aplicación de la LCCC en el ámbito del *crowdfunding* de consumo se refieren a la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, que el art. 14 LCCC impone al prestamista profesional (no al intermediario de crédito⁹⁴), y que no resulta fácil de armonizar ni con la dinámica propia del *crowdfunding*, ni con las previsiones de la propia LFFE 2015. Conforme a esta norma, corresponde al promotor incluir en el proyecto de financiación participativa una descripción de su propia situación financiera y de endeudamiento (art. 75.2.c), y se impone a la PFP el deber de asegurarse de que la información publicada en la plataforma sea completa (art. 71.1); pero ni se hace responsable a la plataforma de comprobar la veracidad de la información proporcionada por el promotor (de la que solo este es responsable; art. 73), ni se exige que este tenga un nivel determinado de solvencia, ni se establecen mecanismos orientados a evaluarla. La LFFE 2015 se limita imponer a la PFP el deber de informar y advertir a los interesados sobre determinados riesgos: al promotor consumidor, sobre el riesgo de endeudamiento excesivo (art. 88), y a los potenciales inversores, sobre el riesgo inherente a la

saber, por definición, que la PFP actúa como intermediario de crédito independiente. También habrá de conocer el promotor, que por hipótesis ya ha contratado con la PFP, el importe de la remuneración que habrá de satisfacer a esta por su intermediación, lo que hace igualmente redundante el contenido del art. 33.1.b) LCCC. Más sentido tendría, a su juicio, la regla del art. 33.1.c), cuando impone al intermediario de crédito -y por tanto a la PFP- el deber de informar al prestamista sobre la cuantía de la remuneración que ha de satisfacer el consumidor, a efectos del cálculo de la T.A.E.; aunque, una vez más, hay que recordar que la información relativa a la T.A.E. aplicable es uno de los extremos que habrían de quedar establecidos en el proyecto de financiación (art. 76.2.b) LFFE 2015).

⁹⁰ Entiende CARRASCO (*op. cit.*, p. 195) que el prestatario no profesional debe ser considerado como consumidor respecto al contrato de préstamo aun cuando el inversor no sea un profesional, teniendo en cuenta que, en definitiva, es la PFP la que, con independencia del papel contractual que asuma (como prestamista o como mandatario de los prestamistas), “es la parte material que diseña el esquema contractual frente al prestatario consumidor”. En consecuencia, considera que son aplicables los arts. 8 a 14 LCCC, en lo relativo al contenido de la información precontractual y contractual, así como el deber de evaluación de solvencia del consumidor, y los arts. 16 y ss., incluyendo, especialmente, el derecho de desistimiento del art. 28.

⁹¹ Aunque más dudosa sería la aplicabilidad del art. 21, que establece determinadas medidas de penalización por falta de forma y por omisión de las cláusulas obligatorias (anulabilidad del contrato, limitación de las obligaciones del prestatario), teniendo en cuenta que, en el contexto del *crowdfunding*, tales incumplimientos no serían imputables al prestamista, sino, en todo caso, al prestatario.

⁹² MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 8.

⁹³ Vid., en este sentido, la definición más amplia que del concepto de “unidad comercial” maneja la PDCC, actualmente en tramitación, y que sí tiene en cuenta las especiales características del *crowdfunding* (*infra*, IV, n. 161).

⁹⁴ MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 10.

inversión y la inexistencia de mecanismos legales de garantía (art. 61). El art. 51.2.b) de la Ley incluye, entre los servicios auxiliares que pueden prestar las PFP, “*la determinación del nivel de riesgo que implica cada proyecto para los inversores y la determinación de cualquier otra variable que resulte útil para que los inversores tomen la decisión de inversión*”⁹⁵; pero, al margen de que se trata de un servicio cuya prestación no es obligatoria para la plataforma, su función no coincide con la que corresponde a la evaluación de solvencia, ya que con esta no se trata solo de proteger al inversor, sino también de prevenir el sobreendeudamiento del prestatario⁹⁶. En estas condiciones, y a falta de una expresa previsión que permita desplazar a la PFP la obligación de evaluar la solvencia del promotor consumidor⁹⁷, parece insoslayable el mantenimiento de la misma a cargo de los prestamistas profesionales⁹⁸, sin perjuicio de que, por razones prácticas, estos puedan encomendar su realización a la propia PFP mediante la contratación del correspondiente servicio (cfr. art. 14.1 LCCC, que alude a la posibilidad de que sea el intermediario de crédito el que solicite al consumidor la información relevante sobre su propia solvencia)⁹⁹.

8. La Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores

39. Al margen de las dos Leyes examinadas (la 2/2009 y la 16/2011), el art. 86 LFFE 2015 no alude a la posible incidencia en este ámbito de otras normas que, sin embargo, también regulan diferentes aspectos de la contratación de productos financieros dirigidos a los consumidores y de las correspondientes actividades de intermediación. Es el caso de la Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, que transpone la Directiva 2002/65¹⁰⁰, y que prevé diferentes instrumentos de protección de los consumidores como destinatarios de servicios financieros, entre los cuales destacan las obligaciones de información precontractual que se imponen a los prestadores de servicios y a los intermediarios (arts. 7 a 9), así como el derecho de desistimiento reconocido a los consumidores (arts. 10 y 11)¹⁰¹. Tales normas vinieron a cubrir en su momento el hueco de regulación que había dejado la Directiva 97/7, que, al establecer el régimen general de la contratación a distancia con consumidores, dejaba fuera de su ámbito de aplicación, precisamente, los contratos de prestación de servicios financieros (en la actualidad, vid. art. 3.3.d) de la Directiva 2011/83 y art. 93.d) TRLCU). No

⁹⁵ Vid. también art. 4 RSFPE.

⁹⁶ CUENA, *Las FinTech...*, pp. 265 y ss.

⁹⁷ ZUNZUNEGUI, “Régimen...”, cit., p. 191, quien señala que, de este modo, las PFP están habilitadas para facilitar el crédito al consumo “al margen de las entidades de crédito y de los controles para prevenir el sobreendeudamiento”.

⁹⁸ En este sentido, MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 7 y 8; CUENA, “Régimen...”, cit., p. 459.

⁹⁹ Observa AMAT (*op. cit.*, p. 45) que no resulta sencillo acomodar la norma del art. 14 LCCC al especial sistema de la financiación participativa, ya que supone imponer el deber de evaluar la solvencia del promotor a una -potencial- pluralidad de inversores. Entiende por ello que sería mucho más lógico, y conveniente para todos los implicados, que fuera la propia PFP la que tuviera encomendada esa función, con carácter previo a la decisión sobre la publicación o no de un proyecto; aunque reconoce que para llegar a esta solución sería imprescindible acometer la correspondiente reforma legislativa. Sobre la conveniencia de imponer a los proveedores de PFP la evaluación, no solo de los inversores y de los proyectos, sino también de la solvencia de los prestatarios personas físicas, ZUNZUNEGUI, “Encuadre...”, cit., p. 53.

¹⁰⁰ Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE.

¹⁰¹ El art. 10 de la Ley 22/2007 reconoce un derecho de desistimiento durante un plazo de catorce días a favor del consumidor de servicios financieros a distancia. No obstante, ese derecho se exceptiona (ap. 2), entre otros supuestos -y por lo que ahora interesa- respecto a: “*d) créditos destinados principalmente a la adquisición o conservación de derechos de propiedad en terrenos o en inmuebles existentes o por construir, o destinados a renovar o mejorar inmuebles; e) créditos garantizados ya sea por una hipoteca sobre un bien inmueble o por un derecho sobre un inmueble; f) las declaraciones de consumidores hechas con la intervención de Notario, siempre y cuando éste dé fe de que se han garantizado los derechos del consumidor contemplados en el artículo 7*”. Adviértase, no obstante, que, según el ap. 5 del mismo artículo 10, “*las previsiones contenidas en la presente Ley en relación con el derecho de desistimiento no serán de aplicación a los contratos resueltos como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento reconocido en otra norma*”. Téngase en cuenta también que, en aquellos casos en que los proveedores de servicios financieros hayan incurrido en una infracción administrativa por incumplimiento de los deberes legales, el art. 18.5 de la Ley reconoce al consumidor la facultad de “*rescindir el contrato en todo momento, sin gastos y sin penalización alguna*”.

obstante, el art. 1 de la Ley 22/2007 deja clara su compatibilidad, entre otras, con las normas reguladoras de la prestación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, y las que en general se refieren a la protección de los consumidores y a la prestación de servicios financieros¹⁰².

40. Teniendo en cuenta la amplitud con que la Ley 22/2007 define su ámbito subjetivo (incluyendo la contratación a distancia de servicios financieros prestados por cualquier tipo de entidad, en su caso con la intervención de uno o varios intermediarios; cfr. art. 2) y su ámbito material de aplicación (contratos para la “prestación de todo tipo de servicios financieros a los consumidores, en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor, cuando utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, incluida la propia celebración del contrato”; art. 4.1), parece claro que la norma será aplicable a los contratos de préstamo que puedan celebrarse, en el marco de una PFP, entre un prestamista profesional y un prestatario que tenga la condición de consumidor (y que, a los efectos de esta Ley, deberá ser una persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional; art. 5.3)¹⁰³; aunque, por las razones que ya se expusieron, no parece que, en el contexto del *crowdfunding*, tenga mucho sentido exigir al prestamista el cumplimiento de los deberes de información precontractual frente al promotor que diseña el proyecto. Obsérvese, por otra parte, que el concepto de “servicio financiero” que manejan tanto la Ley como la Directiva (arts. 4.2 y 2.b), respectivamente) incluye, no solo los servicios de crédito, sino también los de inversión¹⁰⁴, por lo que entendemos que el régimen derivado de ambas es también aplicable a los contratos que puedan concertarse a través de una PFP entre un consumidor que actúe como prestamista o inversor y un empresario profesional que lo haga como destinatario de la financiación¹⁰⁵; de manera que, en estos casos, sería el financiador quien podría hacer valer frente a la otra parte los derechos derivados de la Ley -como el de desistimiento-, en la medida en que no pudieran considerarse incompatibles con el régimen específico de la financiación participativa. A nuestro juicio, no sería relevante, a efectos de excluir estos supuestos del ámbito de aplicación de la Ley, el hecho de que, en el ámbito del *crowdfunding*, el sistema de comercialización a distancia de los servicios financieros no esté organizado por el proveedor de los servicios, sino, precisamente, por el intermediario; en último término, siempre cabría entender que los empresarios que contratan como promotores o inversores a través de una PFP están aprovechando el sistema organizado por un tercero para comercializar a distancia sus propios servicios.

41. A nuestro juicio, también será aplicable la Ley 22/2007 a la relación contractual que se establezca entre la PFP, como intermediaria, y los promotores o inversores que tengan la condición de consumidores¹⁰⁶; así se deduce del art. 5.2, que, “a los efectos de esta Ley”, considera como proveedores “a quienes intervengan por cuenta propia como intermediarios en cualquier fase de la comercialización”¹⁰⁷. En relación con los promotores consumidores -que reciben financiación mediante préstamos a través

¹⁰² Vid. también art. 8, sobre requisitos adicionales de información previa que vengan impuestos por la legislación especial aplicable al servicio financiero objeto del contrato a distancia.

¹⁰³ CUENA, “Régimen...”, cit., p. 458. Observa CARRASCO (*op. cit.*, p. 187) que “en los modelos preexistentes es común considerar al promotor como consumidor de crédito, al que le resulta aplicable la Ley 22/2007 (...). En virtud de esta aplicación, el prestatario podrá desistir del contrato de préstamo celebrado durante los catorce días siguientes a la concesión. En caso de ejercitar tal derecho las cantidades de préstamo serán devueltas al inversor, sin interés o retribución de ninguna clase”. Y añade: “El mismo derecho se reconoce expresamente al inversor prestamista”.

¹⁰⁴ Téngase en cuenta que el ámbito de aplicación de la Ley no se limita a los servicios de crédito o inversión tal como aparecen definidos en la legislación bancaria o del mercado de valores, sino en un sentido amplio (“todo tipo de servicios financieros”), incluyendo, “en particular” (y entre otros), los anteriormente citados.

¹⁰⁵ En contra, al parecer, CUENA (“Régimen...”, cit., p. 459, n. 54), para quien la Ley 22/2007 tiene por objeto la protección del consumidor en cuanto receptor de financiación, por lo que no cabría recurrir a la misma para proteger a los consumidores que aparecen como inversores en el contexto de la financiación participativa.

¹⁰⁶ En esta línea, vid. VRBLJANAC/KUNDA, *op. cit.*, pp. 305-306.

¹⁰⁷ En sentido contrario se pronuncia CARRASCO (*op. cit.*, p. 195), que, en el caso de la relación entre PFP y prestatario no empresarial, niega que aquella preste un servicio financiero a distancia en el sentido de los arts. 2 y 4.2 de la Ley 22/2007, “al menos mientras los fondos se canalicen contractualmente directamente en nombre y por cuenta de los inversores afiliados a la plataforma, como contrapartes contractuales”; lo cual, según el autor, no excluiría la procedencia de reconocer al prestatario que operase al margen de una finalidad empresarial el derecho de desistimiento (reconocido por el art. 10 de aquella Ley) fren-

de una PFP-, la aplicación de la Ley 22/2007 sería compatible con la de la LCCC (salvo que las características del préstamo determinen su exclusión del ámbito de aplicación de esta, conforme a su art. 3); y, de hecho, esta última establece determinadas previsiones específicas orientadas a coordinar la aplicación de las respectivas normas (cfr., p. ej., art. 10, apartados 5 y 6, art. 12.4, y art. 28.4¹⁰⁸).

9. La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario

42. Tampoco alude la LFFE 2015 a la Directiva 2014/17, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial¹⁰⁹, que ya estaba en vigor al promulgarse aquella, aunque todavía no había sido objeto de transposición al Derecho español. En ella se aborda la regulación de determinados tipos de crédito al consumo, relacionados con el ámbito inmobiliario, que habían quedado al margen de la Directiva 2008/48, de crédito al consumo. En concreto, se establece un régimen específico de protección de los consumidores que tengan la condición de prestatarios, garantes o titulares de garantías en préstamos o créditos al consumo concedidos por empresas o profesionales y garantizados mediante hipoteca (u otra garantía comparable) sobre bienes inmuebles de uso residencial (con independencia de cuál sea la finalidad del crédito), o cuya finalidad sea la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir¹¹⁰. A tal efecto, se regulan los derechos de los consumidores (entre otros, el derecho a disponer de un periodo de reflexión y/o derecho de desistimiento, y el derecho al reembolso anticipado) y los requisitos, deberes y régimen de supervisión aplicables a quienes actúan como prestamistas, intermediarios de crédito o representantes designados -incluyendo tanto a las entidades de crédito como a las no crediticias-, prestando una especial atención a los deberes de transparencia y a las normas de conducta relacionadas con la concesión responsable del crédito. Aunque la nueva norma sigue en buena medida las pautas marcadas por la Directiva 2008/48

te a la PFP, en cuanto responsable de la configuración material del contrato. Vid. también CUENA, “Régimen...”, cit., p. 449, para quien el contrato a distancia que se celebra entre la PFP y el promotor consumidor no está sometido a la Ley 22/2007, sino al régimen general de los contratos a distancia contenido en el TRLCU, porque la PFP no presta un servicio financiero, sino de mediación; además, en p. 450, n. 40, señala que el art. 5.2 parece estar pensando más bien en “agentes de entidades de crédito que coadyuvan en la distribución de los servicios financieros”, lo que nada tendría que ver con las PFP. La propia autora entiende, no obstante, que la Ley 22/2007, junto con la LCCC, sí será aplicable a la relación entre la PFP y el promotor consumidor cuando aquella, excepcionalmente (art. 63 LFFE 2015), actúe como prestamista, y no solo como intermediaria. Con un planteamiento ambiguo, señala ZUNZUNEGUI (“Régimen...”, cit., p. 180): “A las PFP, en sentido estricto no les resulta de aplicación la Ley 22/2007 (...), pues el servicio de intermediación que prestan las plataformas no es uno de los servicios financieros enumerados en el art. 4.2 de dicha Ley. No obstante, la vocación de la Ley 22/2007 es aplicarse a todo servicio financiero destinado a consumidores prestado a distancia por parte de intermediarios registrados en algún supervisor financiero. Y hay que advertir que el servicio de las PFP reúne estas características cuando se presta a clientes que tienen la condición de consumidores. En este sentido, el consumidor que contrata con la plataforma dispone de un plazo de catorce días para desistir de la operación, salvo que el precio del producto contratado dependa de las fluctuaciones del mercado”.

¹⁰⁸ Especial interés tiene este último precepto, que excluye los derechos de desistimiento previstos en los arts. 10 y 11 de la Ley 22/2007 y en el art. 110 TRLCU (correspondiente al actual art. 102) cuando el consumidor disponga de ese mismo derecho conforme al propio art. 28 LCCC (cfr. art. 14.5 de la Directiva 2008/48).

¹⁰⁹ Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n. 1093/2010.

¹¹⁰ El objeto de la Directiva 2014/17, según su art. 1º, es el siguiente: “La presente Directiva establece un marco común en relación con ciertos aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros aplicables a aquellos contratos relativos a créditos al consumo que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial, incluida la obligación de llevar a cabo una evaluación de la solvencia antes de conceder un crédito, como base para la elaboración de normas efectivas de suscripción con respecto a los bienes inmuebles de uso residencial en los Estados miembros, así como para determinados requisitos en materia prudencial y de supervisión, incluso para el establecimiento y la supervisión de los intermediarios de crédito, los representantes designados y las entidades no crediticias”. El ámbito de aplicación de la Directiva (art. 3.1) abarca: a) los contratos de crédito (al consumo) garantizados con hipoteca o garantía comparable sobre inmuebles de uso residencial (por tanto, con independencia de cuál sea la finalidad del crédito); y b) los contratos de crédito (al consumo) cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir (es decir, créditos para adquirir inmuebles, aunque no se trate de inmuebles de uso residencial, y aunque no estén garantizados con hipoteca o garantía comparable).

en materia de crédito al consumo (cdos. 19 y 20), cabe detectar en ella un incremento en los niveles de rigor y exigencia, motivado, no solo por las peculiaridades propias del crédito para bienes inmuebles de uso residencial, sino también por las enseñanzas extraídas de la crisis financiera de 2008 (vid., en particular, cdo. 22)¹¹¹. En cualquier caso, no hay en la Directiva 2014/17 ninguna referencia a la posibilidad de que pueda recurrirse al *crowdfunding* para canalizar los contratos que en ella se regulan, ni al papel que podría corresponder a las plataformas como intermediarias independientes de crédito, ni, en fin, a la necesidad de excluir o adaptar algunas de sus previsiones (p. ej., en materia de información general y precontractual, asesoramiento e información personalizada a los prestatarios, ofertas vinculantes, evaluación de solvencia, etc.) en atención al modo de operar característico de la financiación participativa.

43. Para la -tardía- transposición de la Directiva al Derecho español habría que esperar hasta la promulgación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que, haciendo uso del margen reconocido por aquella a los legisladores nacionales, extiende su esfera de protección a todas las personas físicas, tengan o no la condición de consumidores (art. 1), y regula diferentes aspectos de la contratación hipotecaria que van más allá de la propia Directiva (p. ej., en materia de vencimiento anticipado del contrato de préstamo, intereses de demora, distribución de los gastos derivados de la formalización del préstamo hipotecario, etc.), siempre con el objetivo último de “*reforzar las garantías para los prestatarios en el proceso de contratación y evitar en última instancia la ejecución de este tipo de préstamos en vía judicial con la consiguiente pérdida de la vivienda*” (E. de M., ap. III *in fine*).

44. La Ley no deroga, sino que se limita a complementar y actualizar el régimen derivado de la Ley 2/2009 y, en relación con las entidades de crédito, de la Orden EHA/2899/2011. La reforma de la Ley 2/2009 se aborda en la DF 9ª; singular relevancia, en lo que ahora interesa, presenta la modificación de su ámbito de aplicación, que se ve sensiblemente reducido, ya que, con la nueva redacción (art. 1), la Ley 2/2009 pasa a ser aplicable únicamente a aquellos contratos de préstamo o crédito hipotecario, y a aquellas actividades de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito con consumidores que no estén reguladas en la Ley 5/2019. Además, el art. 26.1.c) de la Ley 5/2019 prevé la aplicación supletoria de la Ley 2/2009, cuando el prestatario sea consumidor, en lo que se refiere al régimen jurídico de los intermediarios de crédito inmobiliario, sus representantes designados, y los prestamistas inmobiliarios.

45. Para precisar la incidencia de la Ley 5/2019 sobre el régimen de la financiación participativa (extremo al que la Ley, al igual que la Directiva, no alude en ningún momento)¹¹², resulta imprescindible atender a la definición que de su ámbito de aplicación hace el art. 2, que, como es lógico, sigue la pauta de la Directiva, aunque introduce algunas matizaciones de interés¹¹³. La norma regula tres tipos de acti-

¹¹¹ Vid. también cdo. 21, en el que se advierte que, si bien la nueva Directiva pretende complementar la anterior Directiva 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, se excluye la aplicación de ciertas previsiones de esta última que se consideran inadecuadas en el ámbito del crédito inmobiliario, como la posibilidad de que, en ciertos casos, la información precontractual se facilite después de la celebración del contrato (cfr., en este sentido, art. 14.7). Por otra parte, y conforme al art. 14.6 *in fine* de la Directiva 2014/17, cuando el consumidor tenga derecho de desistimiento con arreglo al párrafo segundo del mismo apartado, no se aplicará el art. 6 de la Directiva 2002/65.

¹¹² Sobre la incidencia de esta norma en el ámbito del *crowdfunding* inmobiliario, vid. AMAT, *op. cit.*, pp. 25 y 26.

¹¹³ Art. 2 Ley 5/2019: “*Ámbito de aplicación. 1. Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto: a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica. b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor. Se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora. 2. Esta Ley también será de aplicación a la intermediación para la celebración de una de las modalidades de contrato a que se refieren las letras a) y b) del apartado 1. 3. Las referencias que se realizan en esta Ley a los préstamos se entenderán realizadas indistintamente a préstamos y créditos (...)*”.

vidad que, como vimos, habían quedado excluidas del ámbito de aplicación de las normas sobre crédito al consumo (Directiva 2008/48 y Ley 16/2011):

- a) Contratos de préstamo o crédito con garantía hipotecaria (u otro derecho real de garantía) sobre bienes inmuebles de uso residencial, concedidos por un profesional a una persona física.
- b) Contratos de préstamo o crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, concedidos por un profesional a un consumidor.
- c) Intermediación para la celebración de alguna de las modalidades de contrato anteriormente mencionadas.

46. Es claro que, bajo la vigencia del art. 87 LFFE 2015, quedaba excluida la posibilidad de que la financiación de proyectos de consumo a través de PFP pudiera articularse mediante la concesión de préstamos o créditos con garantía hipotecaria¹¹⁴. Derogado aquel precepto con la Ley 18/2022, queda abierta nuevamente la posibilidad de que los contratos de préstamo con garantía hipotecaria concedidos por profesionales a personas físicas -no solo consumidores- a través de PFP puedan quedar sometidos a las previsiones de las Leyes 5/2019 y 2/2009. Obsérvese, además, que, en virtud de lo establecido en el inciso final del art. 2.1 (“*Se entenderá (...) exclusivamente inversora*”), el régimen de la Ley 5/2019 podría ser también aplicable a los préstamos con garantía hipotecaria sobre un inmueble de uso residencial que inversores no profesionales, incluso con carácter ocasional, pero con una finalidad “exclusivamente inversora” (lo que cabría interpretar en el sentido de “especulativa”) puedan realizar a una persona física para financiar un proyecto de consumo o no empresarial; supuesto que, sin la prohibición del art. 87 LFFE 2015, puede encontrar un cauce de realización idóneo, precisamente, en el *crowdfunding*. Por otra parte, ya antes de la derogación del art. 87 era posible utilizar la vía de la financiación participativa en relación con los contratos aludidos en la letra b) del citado art. 2, y con las correspondientes actividades de intermediación.

47. Así las cosas, cabe pensar que, pese a la ausencia de una norma equivalente al art. 86 LFFE 2015, la PFP deberá ser considerada, a los efectos de la Ley 5/2019, como intermediario de crédito, mientras que la condición de prestamistas corresponderá a los inversores que actúen como profesionales -o, como se ha señalado, como especuladores-. Ciertamente, hubiera sido deseable contar con normas legales que -en línea con lo que el propio art. 86 LFFE 2015 establecía a propósito de la Ley 2/2009 o de la LCCC- precisasen el modo en que deben adaptarse las exigencias derivadas de la Ley 5/2019 al mecanismo propio de la financiación participativa. Sea como fuere, entendemos que no serán aplicables en el ámbito del *crowdfunding* inmobiliario, por no ser fácilmente armonizables con el funcionamiento propio de este, aquellos preceptos (en particular, arts. 6 a 10 y 14) que, en relación con los contratos de crédito, imponen a los prestamistas e intermediarios de crédito deberes en materia de comunicaciones comerciales, publicidad, información precontractual, transparencia, o presentación al prestatario de ofertas vinculantes. En cambio, consideramos que sí serán aplicables en el ámbito que nos ocupa -sin perjuicio de las adaptaciones que puedan ser necesarias-, p. ej., las disposiciones relacionadas con el asesoramiento en préstamos inmobiliarios por parte de prestamistas e intermediarios (art. 19)¹¹⁵, la formalización y contenido de los contratos (art. 22), el derecho de reembolso anticipado (art. 23), el régimen del vencimiento anticipado (art. 24), o el mecanismo de asesoramiento y control de legalidad previo a la formalización del contrato y a cargo de los notarios (art. 15)¹¹⁶. Derogada la prohibición del

¹¹⁴ Aunque podían subsistir dudas acerca de la procedencia de extender la prohibición del art. 87 LFFE 2015 a otras formas de garantía real inmobiliaria distintas de la hipoteca (p. ej., la anticresis o, quizá, la condición resolutoria por incumplimiento), y que sí entrarían dentro del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019.

¹¹⁵ Mediante la aplicación a la PFP del art. 19 de la Ley 5/2019 podría, quizá, resolverse el problema que planteaba AMAT (*op. cit.*, p. 26) acerca de la conveniencia de exigir una mayor implicación de la PFP a la hora de asesorar en la elaboración de las ofertas de préstamos que vayan a publicarse en la plataforma y que procedan de promotores consumidores, teniendo en cuenta la complejidad de las informaciones que han de proporcionarse (cfr. art. 76 LFFE 2015), y respecto de cuya exactitud y veracidad es responsable el promotor, y no la PFP (cfr. art. 73 LFFE 2015).

¹¹⁶ Sobre este último aspecto, AMAT, *op. cit.*, p. 26.

art. 87 LFFE 2015, también podrán entrar en juego aquellas disposiciones de la Ley 5/2019 que únicamente están previstas para los préstamos con garantía hipotecaria, como la relativa a la limitación de los intereses de demora (art. 25); y lo mismo sucederá con aquellas disposiciones relativas, en general, a los préstamos inmobiliarios (con independencia de que cuenten o no con garantía hipotecaria) que la Ley establece en beneficio del prestatario y con carácter imperativo e irrenunciable para este (p. ej., en materia de préstamos denominados en moneda extranjera o variación del tipo de interés, arts. 20 y 21), pese a que, en principio, se trata de extremos sobre los cuales lo habitual será que sea el consumidor promotor quien establezca las condiciones del préstamo.

48. La cuestión más problemática, también en este caso, habrá de ser la relativa a la aplicación, en el ámbito de la financiación participativa, de las normas que imponen a los prestamistas profesionales (arts. 11 y 12) el deber de evaluar la solvencia del prestatario antes de proceder a la concesión del préstamo, con arreglo al principio del crédito responsable; exigencia que, incluso estando vigente la LFFE 2015, no podía considerarse cubierta por el deber -impuesto a la PFP- de advertir al promotor consumidor sobre el riesgo de incurrir en un endeudamiento excesivo (art. 88), o de verificar que el promotor persona física había aportado la preceptiva descripción de su situación financiera y de endeudamiento (art. 75.2.c))¹¹⁷. Derogadas las citadas previsiones, entendemos que, al igual que sucede en relación con la LCCC, serán los prestamistas profesionales los que habrán de evaluar la solvencia de los prestatarios, sin perjuicio de que, para ello, puedan recurrir a los servicios de la PFP.

III. El Reglamento (UE) 2020/1503, de 7 de octubre de 2020, sobre servicios de financiación participativa para empresas: la protección del inversor

49. El panorama legislativo plasmado en la LFFE 2015 cambia de forma sustancial a raíz de la promulgación del Reglamento (UE) 2020/1503, sobre servicios de financiación participativa para empresas (RSFPE)¹¹⁸, que responde al objetivo de evitar la fragmentación normativa derivada de la existencia de diferentes regulaciones nacionales en este ámbito, favoreciendo así que la prestación de servicios de financiación participativa pueda alcanzar una dimensión transfronteriza en el mercado interior, y garantizando al mismo tiempo un alto nivel de protección a los inversores en toda la UE (cdos. 6 y 7). Aunque el propio Reglamento contempla en sus arts. 48 y 49 un periodo transitorio respecto a los servicios de financiación participativa que se vinieran prestando conforme a los distintos Derechos nacionales¹¹⁹, su entrada en vigor (que tuvo lugar el día 10 de noviembre de 2021) impone a los Estados miembros la obligación de modificar sus respectivas legislaciones internas teniendo en cuenta la eficacia directa del Reglamento dentro del ámbito de armonización que en él se define, la necesidad de decidir sobre algunas cuestiones que la norma europea remite a las disposiciones nacionales, y la oportunidad de dotar de una regulación específica a aquellas materias que el propio Reglamento deja fuera de su ámbito de aplicación: entre ellas, el *crowdfunding* de consumo. En posteriores apartados habremos de volver sobre las iniciativas que se están adoptando al respecto en nuestro propio sistema, mediante la promulgación de la Ley 18/2022, y su incidencia sobre el régimen hasta ahora contenido en la LFFE.

50. A la protección del inversor dedica el RSFPE su Capítulo IV, que, a la hora de articular los distintos niveles de protección -y al igual que había sucedido en la norma española-, prescinde de la utilización del concepto de “consumidor”¹²⁰, y opta en cambio por establecer una distinción básica entre

¹¹⁷ En este sentido, AMAT, *op. cit.*, p. 25.

¹¹⁸ Para una aproximación general al Reglamento, vid. MACCHIAVELLO/SCIARRONE, *op. cit.*, pp. 58 y ss.; y VALIANTE, Diego, “Regulando las plataformas digitales: la experiencia europea del *crowdfunding* financiero”, en CUENA CASAS, M., e IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), *Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech*, ed. Wolters Kluwer, 2021, pp. 375 a 406.

¹¹⁹ Periodo que inicialmente concluía el 10 de noviembre de 2022 (art. 48 RSFPE), pero que se ha visto prorrogado hasta el 10 de noviembre de 2023 en virtud de lo dispuesto en el Reglamento Delegado (UE) 2022/1988, de la Comisión, de 12 de julio de 2022.

¹²⁰ Salvo referencias indirectas, como las del art. 38.1, que legitima a las asociaciones de consumidores para presentar reclamaciones ante las autoridades competentes en caso de infracción del Reglamento por parte de un PSFP.

lo que denomina “inversores experimentados” e “inversores no experimentados”. Como señala el cdo. 42 del Reglamento, la distinción se fundamenta en la que previamente había formulado la Directiva 2014/65 entre clientes profesionales y clientes minoristas, adaptándola a las características específicas del mercado de la financiación participativa¹²¹, y teniendo en cuenta, en particular, la experiencia y conocimientos de los inversores potenciales en este ámbito concreto, así como su capacidad para soportar pérdidas, que habrán de reevaluarse cada dos años. A tenor de las definiciones contenidas en el art. 2.1 RSFPE (letras j) y k)), la categoría del “inversor no experimentado” se configura como residual, ya que se incluyen en ella todos aquellos inversores que no deban ser formalmente calificados como “inversores experimentados” con arreglo a los criterios y según el procedimiento previstos por la norma¹²².

51. Al igual que sucedía en relación con la LFFE 2015, el examen de los criterios manejados en este punto por el RSFPE (no del todo coincidentes con los utilizados por aquella norma para diferenciar los inversores acreditados de los no acreditados¹²³) pone de manifiesto que el concepto de “inversor no experimentado” puede incluir a sujetos que, en principio, quedan al margen del concepto de consumidor que utiliza el Derecho europeo (p. ej., las personas jurídicas¹²⁴), al tiempo que puede dejar fuera a sujetos que sí podrán acogerse a las normas sobre protección de los consumidores (p. ej., las personas físicas que cumplan los requisitos previstos en el apartado 1.2) del Anexo II RSFPE pero que, al intervenir en las correspondientes operaciones, estén actuando con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión).

52. La calificación de un sujeto como inversor no experimentado lleva consigo la aplicación de determinados mecanismos específicos de protección¹²⁵ entre los cuales cabe destacar, además del periodo de reflexión precontractual del art. 22 RSFPE, la necesidad de realizar una prueba inicial de conocimientos y una simulación de su capacidad para soportar pérdidas (art. 21), que, en su caso, llevará aparejada la obligación, a cargo del PSFP, de formular determinadas advertencias específicas al inversor y de recabar de él un reconocimiento expreso acerca del riesgo inherente a la contratación de determina-

¹²¹ Como advierte el cdo. 43, “los productos financieros comercializados en plataformas de financiación participativa no son los mismos que los productos de inversión o productos de ahorro tradicionales y no deben comercializarse como tales”.

¹²² Vid., en particular, art. 2.1.j) del RSFPE, que se remite a las previsiones contenidas en su Anexo II, e incluye también en la definición de “inversor experimentado” a quienes deban ser calificados como “clientes profesionales” conforme a la Directiva 2014/65. Como regla general, para acceder a la calificación como inversor experimentado es imprescindible que el interesado formule la correspondiente solicitud al prestador de servicios de financiación participativa (PSFP) y acredite la concurrencia de los requisitos exigidos por la norma. En el caso de las entidades a las que se refiere el apartado III del Anexo II RSFPE, bastará con que demuestren al PSFP su condición de profesionales.

¹²³ Sobre los criterios que maneja el RSFPE en este punto, vid., por todos, AGÜERO ORTIZ, Alicia, “Normas de protección del inversor en plataformas de financiación participativa para empresas en el Reglamento 2020/1503”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 36/2020, pp. 146 y ss., quien señala que los requisitos que impone la norma para acceder a la condición de inversor experimentado son menos exigentes que los previstos por la Directiva MiFID II y por la LFFE 2015 para ser calificado como inversor profesional o como inversor acreditado, respectivamente. Advierte, sin embargo, que, a diferencia de lo que sucede en MiFID II, el cumplimiento de los requisitos exigidos por el RSFPE no comporta, como regla general (y salvo las excepciones contenidas en la Sección III del Anexo II), la automática calificación como inversor experimentado, ya que, como se ha dicho, el interesado ha de solicitarlo formalmente. Por otro lado, el RSFPE, a diferencia de la LFFE 2015 (art. 81.3), no contempla la posibilidad de que un inversor sea calificado como experimentado por el hecho de haber contratado un servicio de asesoramiento financiero.

¹²⁴ Cfr. art. 2.1) de la Directiva 2011/83, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores; y art. 3.a) de la Directiva 2008/48, relativa a los contratos de crédito al consumo, que incorporan definiciones del concepto de consumidor ligeramente distintas, pero sustancialmente coincidentes, y en las que únicamente se incluye a las personas físicas; si bien se deja libertad a los Estados miembros, para extender el concepto a determinadas personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica, tal como sucede, en el caso del Derecho español, con el art. 3 TRLCU. Sobre la noción de consumidor en el Derecho de la UE, y su incidencia en el ámbito del *crowdfunding*, vid. VRBLJANAC/KUNDA, *op. cit.*, pp. 299 y ss.

¹²⁵ Sobre los mecanismos de protección del inversor en el RSFPE, en general, vid. AGÜERO, *op. cit.*, pp. 145 y ss. En sede de conclusiones (pp. 163 y 164) señala la autora que el inversor no experimentado resulta más protegido en el Reglamento que el inversor no acreditado en la LFFE 2015. Entiende, sin embargo, que no llega a alcanzarse el nivel de protección que hubiera sido deseable, en la medida en que los mecanismos de evaluación del inversor aparecen más orientados a permitir el acceso a la plataforma que a operaciones u ofertas concretas, y además está excesivamente centrado en el establecimiento de exenciones de responsabilidad o *disclaimers* “destinados a proporcionar puertos seguros a los proveedores para blindarlos frente a eventuales reclamaciones”.

dos productos¹²⁶, especialmente cuando la cuantía de la inversión supere ciertos límites¹²⁷. Más dudoso resulta, en cambio, que los PSFP puedan o deban impedir la inversión en proyectos de financiación participativa a quienes, siendo inversores no experimentados, no hayan acreditado un nivel mínimo de comprensión efectiva acerca del significado y riesgo inherente a la decisión de contratar¹²⁸. Otros instrumentos de protección son, en cambio, aplicables por igual a todos los inversores, tanto experimentados como no experimentados (p. ej., el carácter vinculante de la oferta de financiación conforme al art. 22.1; el acceso a la información sobre tasas de impago del art. 20 o a los datos contenidos en la ficha de datos fundamentales de la inversión del art. 23; o la posibilidad de contar con un “tablón de anuncios” proporcionado por el PSFP para facilitar la compraventa de los préstamos, valores o instrumentos previamente contratados a través de la misma plataforma, en los términos previstos por el art. 25), o incluso a todos los clientes del PSFP, ya se trate de inversores o de promotores (p. ej., los deberes de información del art. 19, o el acceso a la información contenida en los registros del PSFP, conforme al art. 26).

53. Según los casos, tales deberes se imponen a los promotores o a los PSFP. Interesa destacar que, en el sistema del Reglamento, los PSFP asumen en todo caso la posición de intermediarios respecto a las relaciones que se establezcan entre inversores y promotores, ya que, en aras de garantizar su neutralidad y prevenir posibles conflictos de intereses, se impone a aquellos una prohibición absoluta de participar directamente en la financiación de proyectos de financiación participativa (art. 8 y cdo. 26)¹²⁹. Sí se admite y regula de manera específica, en cambio, la posibilidad de que los PSFP puedan asumir un papel mucho más activo frente a sus clientes inversores -y más próximo a los servicios de inversión regulados por la Directiva 2014/65- mediante la prestación de un servicio de gestión individualizada de carteras de préstamos, que el

¹²⁶ Conforme al art. 23.6, en la ficha de datos fundamentales de la inversión se debe advertir al inversor, entre otros extremos, que la oferta de financiación participativa no ha sido verificada ni aprobada por ninguna autoridad; que la idoneidad de la experiencia y conocimientos del inversor no ha sido necesariamente evaluada antes de acceder a la inversión; que el inversor asume plenamente el riesgo que comporta, incluido el de pérdida parcial o total del dinero invertido; que la inversión no está cubierta por los sistemas de garantía de depósitos o de indemnización de los inversores; que es posible que no se obtenga rendimiento alguno de la inversión; que no se trata de un producto de ahorro y no es recomendable invertir más de un 10 % del patrimonio neto del inversor en proyectos de financiación participativa; que es posible que no pueda vender los instrumentos de inversión cuando lo desee, y que, aun cuando pueda venderlos, podría sufrir pérdidas.

¹²⁷ A diferencia de lo que sucede en la LFFE 2015, el RSFPE no establece límites insuperables en lo que se refiere a la cuantía de las inversiones que pueden realizar los inversores no experimentados, aunque se imponen cautelas especiales cuando se alcancen determinados umbrales.

¹²⁸ El art. 21.6 del propio RSFPE, tras aludir a la simulación que preceptivamente ha de realizar el PSFP respecto a la capacidad de soportar pérdidas de cada inversor no experimentado, dispone que “no se impedirá a los inversores no experimentados potenciales ni a los inversores no experimentados invertir en proyectos de financiación participativa”. Sin embargo, en el apartado siguiente (21.7) se establece que, en aquellos casos en que la inversión prevista tenga una especial envergadura (superior a 1.000 euros o al 5% del patrimonio neto del inversor), y previamente a la aceptación del inversor, el PSFP “garantizará” que dicho inversor: a) recibe una advertencia de riesgo; b) manifiesta su consentimiento expreso al PSFP; y c) demuestra al PSFP “que el inversor entiende la inversión y sus riesgos”. La duda estaría en determinar si, en el caso de que el PSFP entienda que el inversor no ha demostrado ese nivel mínimo de comprensión, la “garantía” que le exige la norma solo puede hacerse efectiva impidiendo al interesado el acceso a la inversión pretendida, sin que, a estos efectos, sea aplicable lo previsto en el apartado anterior. En el documento de la Autoridad Europea sobre Mercados y Valores (ESMA) titulado *Questions and Answers On the European crowdfunding service providers for business Regulation* (https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma35-42-1088_qas_crowdfunding_ecspr.pdf), actualizado a fecha 23 de septiembre de 2022, se recoge la opinión no vinculante de la Comisión Europea (*Answer 5.1*), a tenor de la cual, mientras el ap. 6 se refiere al resultado general de la simulación prevista por los apartados 1 y 5 del mismo art. 21, el apartado 7 se refiere a una situación específica (inversiones de especial envergadura en un proyecto individual) que demanda restricciones adicionales, por lo que se entiende que el segundo inciso del ap. 21.6 (“No se impedirá...”) no se aplica al supuesto del ap. 21.7. En consecuencia, considera la ESMA que, si bien el PSFP no puede impedir el acceso a la inversión sobre la base del resultado de la simulación de la capacidad para soportar pérdidas (*Answer 5.10*), sí debe hacerlo cuando la inversión supera el umbral establecido y el inversor no reúne los requisitos exigidos por el art. 21.7 (*Answer 5.12*). Para un análisis del art. 21 RSFPE, vid. DE SMET, Joeri, y COLAERT, Veerle, “Between investor protection and access to crowdfunding: the entry knowledge test and the simulation of the ability to bear loss. Commentary on article 21 Crowdfunding Regulation” (1 de abril de 2022); en MACCHIAVELLO, E. (ed.), *European Crowdfunding Service Providers for Business Regulation – A Commentary* (Elgar). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4077837>, pp. 1 y ss.

¹²⁹ Pese a que en el texto de la Propuesta aprobado por el Parlamento Europeo en su Resolución de 27 de marzo de 2019 (art. 7 bis.2) se llegaba a admitir tal posibilidad, siempre que la participación no superara el 2% del capital acumulado para el proyecto.

art. 2.1.c) define como “*la asignación, por parte del proveedor de servicios de financiación participativa, de una cantidad predeterminada de fondos de un inversor, que es un prestamista primario, a uno o varios proyectos de financiación participativa en su plataforma de financiación participativa de conformidad con un mandato individual otorgado por el inversor a libre albedrío de este y de manera individualizada*”¹³⁰. La principal virtualidad de este servicio, normalmente basado en el uso de mecanismos automatizados de inversión, reside en que, al diversificar los préstamos financiados por un determinado inversor, puede contribuir a limitar el riesgo asumido, más aún en el caso de que la PSFP opte por establecer y gestionar un fondo de contingencia conforme a lo previsto en los apartados 5 y 6 del art. 6 RSFPE¹³¹; todo lo cual hace que este sistema pueda resultar especialmente adecuado para los inversores no cualificados¹³².

54. Aunque, a diferencia de la LFFE 2015, el Reglamento europeo no alude expresamente a esta cuestión, parece claro que el hecho de que las medidas de protección del inversor en él previstas no tengan como destinatario directo al consumidor en cuanto tal no implica que las normas sobre protección de los consumidores resulten del todo inaplicables en este ámbito. Cabe pensar, en efecto, que, sin perjuicio de la consideración del propio RSFPE como *lex specialis*, las normas sobre consumo podrán encontrar aplicación en materias o aspectos no regulados por aquel, o cuya regulación no sea incompatible con aquellas; y así, p. ej., parece claro que el contrato de intermediación celebrado entre el proveedor de la plataforma y aquellos inversores que tengan la consideración de consumidores, estará sometido a las normas sobre contratación de servicios digitales a distancia (Directivas 2011/83 y 2019/770) o sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (Directiva 2002/65), así como a otras normas generales en materia de consumo, como las relativas a la publicidad, el uso de cláusulas abusivas o las prácticas comerciales desleales. Todo ello al margen de la importante incidencia que en este ámbito puedan tener otras normas que, no teniendo por objeto específico la protección de los consumidores, sí regulan aspectos fundamentales de la contratación digital y a través de plataformas, como las relativas a la prestación de servicios de la sociedad de la información, la contratación electrónica, la prestación de servicios de pago, o la protección de datos personales. En cambio, cabe pensar -aunque la cuestión es discutible- que, por aplicación del principio de especialidad, el inversor no experimentado que disponga del periodo de reflexión precontractual del art. 22 RSFPE no podrá hacer uso de los derechos de desistimiento que le pudieran corresponder como consumidor con base en otras normas, como la Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores¹³³; aunque entendemos que estos derechos sí deberán estar disponibles para los consumidores que, conforme a lo ya señalado, tengan la consideración de inversores experimentados¹³⁴.

¹³⁰ El régimen de este servicio se aborda especialmente en el art. 6 del RSFPE, aunque determinados aspectos del mismo se regulan en otros preceptos (cfr., p. ej., art. 22.7, en cuanto al plazo de reflexión precontractual -que solo se dará en este caso respecto al mandato de inversión inicial otorgado por el inversor, y no respecto a las inversiones en préstamos específicos realizadas en el marco de dicho mandato-; y art. 24, en cuanto a la ficha de datos fundamentales de inversión a nivel de plataforma, de cuya elaboración y contenido es responsable el PSFP). Sobre la relevancia que esta figura puede tener en el ámbito del *crowdfunding* de consumo (pese a que este queda fuera del ámbito de aplicación del Reglamento), vid. *supra*, II.2, n. 26.

¹³¹ Sobre el tema, vid. RUBIO DE CASAS, M^a Gracia, “Apuntes sobre el tratamiento del *crowdfunding* o préstamo en masa en el Reglamento (UE) 2020/1503”, en CUENA CASAS, M., e IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), *Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech*, ed. Wolters Kluwer, 2021, pp. 474 y ss. Vid. Reglamento Delegado (UE) 2022/2118 de la Comisión de 13 de julio de 2022 por el que se completa el Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre la gestión individualizada de carteras de préstamos por parte de los proveedores de servicios de financiación participativa, que especifican los elementos del método utilizado para evaluar el riesgo de crédito, la información sobre cada cartera de préstamos que debe comunicarse a los inversores, y las políticas y procedimientos que deben adoptarse en lo que respecta a los fondos de contingencia.

¹³² Pese a lo cual el art. 52.2.e) LFFE 2015, de forma poco meditada, prohibía de forma expresa la prestación de este servicio a los inversores no acreditados, lo que ha sido criticado por la doctrina; vid., en este sentido, RUBIO (*op. cit.*, p. 474), para quien este servicio “es una forma alternativa (y en mi opinión más eficaz) de asegurar la defensa de los inversores”.

¹³³ Cfr. el ya citado art. 10.5 de la Ley 22/2007, cuando establece: “*Las previsiones contenidas en la presente Ley en relación con el derecho de desistimiento no serán de aplicación a los contratos resueltos como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento reconocido en otra norma*”.

¹³⁴ Lo cual, por cierto, dará lugar a una evidente paradoja, ya que los consumidores que sean inversores experimentados dispondrán de la posibilidad de desistir durante un plazo (mínimo) de catorce días, mientras que los consumidores que sean inversores no experimentados solo dispondrán de un periodo de reflexión de cuatro días, conforme al art. 22 RSFPE.

IV. La futura Directiva de crédito al consumo: la protección del promotor consumidor

55. Más allá de la protección del inversor, la necesidad de delimitar con precisión los respectivos ámbitos de aplicación del Reglamento 2020/1503 y de las normas sobre consumo asume una especial trascendencia desde otro punto de vista. Como su propio nombre indica, el RSFPE limita su ámbito de aplicación (art. 1.2.a) y cdo. 8) a los servicios de financiación participativa que tienen por objeto la financiación de empresas, dejando fuera de él la financiación de proyectos cuyos promotores tengan la condición de consumidores, según la definición del art. 3, letra a), de la Directiva 2008/48/CE (Directiva de contratos de crédito al consumo). La exclusión se justifica, de un lado, por el propio objetivo de aquella norma, que es atender a las nuevas formas de financiación dirigida a empresas; y, de otro, por la constatación de que los préstamos al consumo ya están -al menos parcialmente- cubiertos por la Directiva de crédito al consumo¹³⁵, o por la de crédito hipotecario¹³⁶. En consecuencia, la prestación de servicios de *crowdfunding* dirigidos a la financiación de consumidores queda al margen del sistema de “pasaporte europeo” establecido por el RSFPE, y sometida al régimen de autorización establecido, en su caso, por el Derecho nacional.

56. Sin embargo, la eventualidad de que los consumidores¹³⁷ puedan obtener financiación a través de plataformas de financiación participativa sí habrá de ser tenida en cuenta de forma explícita en la futura Directiva sobre crédito al consumo¹³⁸, cuya Propuesta (PDCC) actualmente se tramita en las instancias europeas, y que tiene por objeto actualizar, en términos de armonización plena (arts. 42 y 43), el régimen derivado de la vigente Directiva 2008/48¹³⁹, resolviendo algunas de las deficiencias detectadas en la aplicación de esta y considerando, entre otros factores, el desarrollo de la digitalización, de la contratación en línea, y, especialmente, de la financiación a través de plataformas intermediarias en línea. De este modo, entre los objetivos explícitos de la PDCC (cfr. cdo. 16¹⁴⁰) está el de complementar el RSFPE, regulando de manera específica aquellos supuestos en que los consumidores obtengan financiación en forma de créditos al consumo procedentes de empresas, y mediante el uso de los “servicios de

¹³⁵ Que, sin embargo, solo incluye en su ámbito de aplicación a los préstamos suministrados a consumidores por profesionales, y no por otros consumidores, aun cuando aquellos se encaucen a través de una plataforma intermediaria (cfr. MACCHIAVELLO/SCIARRONE, *op. cit.*, p. 61); limitación que, como vimos (*supra*, II.7), se veía superada en nuestro sistema por los términos literales del ahora derogado art. 86.2 LFFE 2015. CUENA CASAS (“Crédito al consumo a través de plataformas intermediarias: fallos regulatorios y reformas equivocadas. ¿Un caos premeditado?”, en el Blog *Hay Derecho*, 20 de junio de 2022, <https://www.hayderecho.com/2022/06/20/credito-al-consumo-a-traves-de-plataformas-intermediarias-fallos-regulatorios-y-reformas-equivocadas-un-caos-premeditado/>) considera injustificada la decisión de dejar el *crowdfunding* de consumo fuera del RSFPE: “Es el modelo de *crowdfunding* que más recauda, y no es verdad que su problemática estuviera cubierta por la Directiva de crédito al consumo, ya que esta solo se refiere a las relaciones entre prestamista empresario y prestatario consumidor (B2C). Y lo cierto es que los problemas se plantean cuando el inversor es un consumidor y el prestatario un empresario (C2B) y cuando es un préstamo entre consumidores (C2C)”. En el mismo sentido, ZUNZUNEGUI, “Encuadre...”, *cit.*, p. 52, con especial referencia a este último supuesto; RUBIO, *op. cit.*, p. 471; y MACCHIAVELLO, *op. cit.*, p. 41.

¹³⁶ Ambas normas aparecían expresamente citadas en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento de 8 de marzo de 2018 (p. 2).

¹³⁷ Al igual que la vigente Directiva 2008/48, también la PDCC limita el concepto de consumidor a las personas físicas (art. 3.1)).

¹³⁸ La afirmación, contenida en el cdo. 1 de la PDCC, según la cual la Directiva 2008/48 “establece normas a nivel de la Unión en relación con los contratos de crédito al consumo y los servicios de crédito al consumo de financiación participativa” no significa que en ella se contemple de manera expresa el fenómeno del *crowdfunding* de consumo, sino solo que algunas de sus previsiones sí le son aplicables.

¹³⁹ Que habrá de quedar derogada con la entrada en vigor de la nueva Directiva, sin perjuicio de que siga aplicándose con carácter transitorio en los términos previstos por el art. 47 PDCC.

¹⁴⁰ Cdo. 16 PDCC: “La financiación participativa es una forma de financiación que está cada vez más disponible para los consumidores, normalmente para pequeños gastos o inversiones. El Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo excluye de su ámbito de aplicación los servicios de financiación participativa, incluidos los que facilitan la concesión de créditos, que se prestan a los consumidores tal como se definen en la Directiva 2008/48/CE. En este contexto, la presente Directiva tiene por objeto complementar el Reglamento (UE) 2020/1503, corregir esta exclusión y aportar claridad jurídica sobre el régimen jurídico aplicable a los servicios de financiación participativa cuando un consumidor desea obtener un crédito a través de un proveedor de servicios de crédito de financiación participativa”.

crédito de financiación participativa” facilitados a través de plataformas¹⁴¹, permitiéndoles beneficiarse así de los diferentes instrumentos de protección derivados de la norma, tanto en su relación con los prestamistas profesionales (frente a los cuales podrán hacer valer, p. ej., el derecho de desistimiento o el derecho al reembolso anticipado de los créditos), como en la relación con las plataformas.

57. A estos efectos, es importante destacar que la futura Directiva habrá de incluir en su ámbito de aplicación (art. 2) determinados supuestos que la precedente Directiva 2008/48 dejaba fuera, y que pueden tener una especial relevancia práctica en el contexto del *crowdfunding* de consumo: entre otros, los créditos de cuantía inferior a 200 euros, los contratos de arrendamiento financiero, y los contratos en los que el crédito se conceda sin intereses y sin ningún otro gasto¹⁴². También quedarán incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva todos los contratos de crédito de hasta 100.000 euros (frente al límite de 75.000 euros que establece la norma todavía vigente). En cambio, sí habrán de quedar al margen de la futura Directiva, por estar sometidos a la Directiva 2014/17 (sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial), los contratos de crédito relativos a la concesión de créditos con garantía hipotecaria -o equivalente- y los contratos de crédito cuyo objeto sea financiar la adquisición o el mantenimiento de derechos de propiedad sobre terrenos o edificios existentes o proyectados¹⁴³. Respecto de estos supuestos, cabe pensar que, de cara a una futura revisión de la Directiva 2014/17, habrá de plantearse la conveniencia de tener en cuenta el fenómeno de la financiación participativa, bien para regularlo de forma específica (en una línea más o menos próxima a la seguida por la PDCC), o bien para excluirlo total o parcialmente (como sucedía en la LFFE 2015, conforme a su art. 87)¹⁴⁴.

58. Según el art. 2.1, el objetivo principal de la PDCC es la regulación de los contratos de crédito al consumo propiamente dichos. En el caso de aquellos contratos que puedan llegar a celebrarse a través de plataformas de *crowdfunding*, la posición del proveedor (PSCFP) será distinta según los casos: conforme al cdo. 17¹⁴⁵, sus obligaciones serán las correspondientes, bien a los prestamistas, o bien a los intermediarios de crédito¹⁴⁶, en función de que sean ellas mismas las que faciliten directamente la financiación a los consumidores (en la medida en que las normas aplicables admitan esta posibilidad), o

¹⁴¹ El art. 3.23) de la PDCC se remite al art. 2.1.d) del RSFPE para la definición de “plataforma de financiación participativa”. Según la terminología manejada por la PDCC, en su versión en español, los proveedores de tales plataformas se denominan “proveedores de servicios de crédito de financiación participativa” (PSCFP).

¹⁴² La PDCC incluye en este último supuesto (cdo. 15) los sistemas “Compre ahora, pague después”, es decir, los nuevos instrumentos financieros digitales que permiten a los consumidores realizar compras y pagarlas a lo largo del tiempo, y los contratos de crédito bajo cuyas condiciones el crédito debe reembolsarse en un plazo de tres meses y solo se cobran unos gastos mínimos.

¹⁴³ No obstante, precisa el cdo. 21 que no deben excluirse del ámbito de aplicación de la futura Directiva los créditos no garantizados cuya finalidad sea la renovación de un bien inmueble de uso residencial, incluidos aquellos que supongan un importe total del crédito superior a 100.000 euros.

¹⁴⁴ Vid. Amat, *op. cit.*, p. 26, quien proponía una reforma de la LFFE 2015 de cara a “incorporar, con los debidos ajustes y adaptaciones, los avances en la legislación protectora del consumidor en el mercado financiero introducidos por la más reciente legislación crediticia hipotecaria”.

¹⁴⁵ Cdo. 17 PDCC: “Un proveedor de servicios de crédito de financiación participativa opera a través de una plataforma digital abierta al público con objeto de poner en contacto a prestamistas potenciales con consumidores que buscan financiación o facilitar el contacto entre ellos. Dicha financiación podría adoptar la forma de crédito al consumo. Cuando los proveedores de servicios de crédito de financiación participativa faciliten directamente crédito a los consumidores, se les aplicarán las disposiciones de la presente Directiva relativas a los prestamistas. Cuando los proveedores de servicios de crédito de financiación participativa faciliten la concesión de créditos entre los prestamistas que actúan en el ejercicio de su actividad comercial, empresarial o profesional y los consumidores, las obligaciones de los prestamistas en virtud de la presente Directiva deben aplicarse a dichos prestamistas. En tal situación, los proveedores de servicios de crédito de financiación participativa actúan como intermediarios de crédito, por lo que deben aplicárseles las obligaciones contempladas en la presente Directiva para los intermediarios de crédito”.

¹⁴⁶ Respecto a las obligaciones de los intermediarios de crédito, dispone el cdo. 75: “La presente Directiva solo regula determinadas obligaciones de los intermediarios de crédito con respecto a los consumidores. Por consiguiente, los Estados miembros deben seguir siendo libres de mantener o adoptar obligaciones adicionales que incumban a los intermediarios de crédito, incluidas las condiciones con arreglo a las cuales estos pueden recibir remuneraciones de los consumidores que hayan solicitado sus servicios”. En el caso de España, la ley de transposición de la futura Directiva, además de modificar o derogar la LCCC, habrá de pronunciarse también acerca de la conveniencia de mantener en todo o en parte otras normas, como la Ley 2/2009.

se limiten a intermediar en la concesión de créditos a los consumidores por parte de prestamistas profesionales, en cuyo caso serán estos últimos los que asuman las obligaciones propias de los prestamistas¹⁴⁷.

59. El planteamiento general de la PDCC determina, a nuestro juicio, que la respuesta dada en ella al fenómeno del *crowdfunding* de consumo resulte claramente insuficiente, en la medida en que, de hecho, se limita a extender a las PFP las obligaciones que en materia de crédito al consumo corresponden a prestamistas e intermediarios de crédito, sin atender debidamente a las peculiaridades que presenta la financiación participativa en lo que se refiere, precisamente, al papel que en ella asumen los diferentes sujetos implicados¹⁴⁸. En ocasiones, incluso, da la impresión de que los redactores de la Propuesta equiparan de forma inadecuada el tratamiento de los contratos relativos a la prestación de servicios de financiación participativa al de los propios contratos de crédito (vid., p. ej., art. 21, donde se regula la información que debe incluirse en ambos tipos de contratos), perdiendo de vista, al parecer, que los primeros no son en sí mismos contratos de crédito, sino que tienen por objeto facilitar la conclusión de estos a través de plataformas (cfr. art. 3.4)¹⁴⁹.

60. Es cierto que, más allá de la regulación de los contratos de crédito al consumo que lleguen a celebrarse por esta vía, el segundo inciso del art. 2.1 añade, en términos bastante confusos, que la mayor parte de los preceptos contenidos en la PDCC serán también de aplicación a los servicios de crédito de financiación participativa, “cuando dichos servicios no sean proporcionados por un prestamista o un intermediario de crédito”¹⁵⁰. Con ello se estaría haciendo referencia, al parecer, a los servicios que las PFP puedan prestar a sus clientes consumidores¹⁵¹ (p. ej., asesoramiento a los promotores en aspectos

¹⁴⁷ Como vimos, la consideración de las PFP como intermediarios de crédito a los efectos previstos por la LCCC ya se contemplaba de manera expresa en el art. 86 LFFE 2015. CUENA (“Crédito al consumo...”, cit.) califica como confuso el planteamiento de la PDCC en este aspecto, ya que entiende que, por su propia esencia, las plataformas de financiación participativa solo deberían actuar como intermediarias, y no como prestamistas. Recuérdese, no obstante, que la propia LFFE 2015 admitía, de forma excepcional (art. 63.1), que las PFP pudieran participar en la financiación de los proyectos que publicaban. En cambio, el RSFPE (art. 8 y cdo. 26) excluye totalmente dicha posibilidad. Con la promulgación de la Ley 18/2022, la prohibición absoluta ha pasado a ser también la solución aplicable con carácter general en el Derecho español; pero, en la medida en que otros ordenamientos nacionales pueden optar por no aplicar dicha prohibición en los ámbitos no cubiertos por el RSFPE (p. ej., en el *crowdfunding* de consumo), adquiere sentido la posibilidad, planteada por la PDCC, de que los PSCFP puedan actuar, no solo como intermediarios, sino también como prestamistas.

¹⁴⁸ Cfr. las consideraciones que se expusieron *supra* (II.5) acerca de la necesidad de adaptar a la dinámica propia del *crowdfunding* muchas de las normas que regulan el crédito al consumo y que, en este ámbito, carecen de sentido o deben adquirir un sentido parcialmente distinto.

¹⁴⁹ En su detenido estudio sobre el proceso de elaboración del RSFPE, concluye MACCHIAVELLO (*op. cit.*, pp. 42-43) que el régimen de dicha norma debería ampliarse para cubrir los préstamos de consumo, extendiendo a estos la mayor parte de los mecanismos de protección previstos en la Directiva de crédito al consumo (con las consiguientes adaptaciones, p. ej. en lo que se refiere a la responsabilidad del prestatario en la preparación de la ficha de datos fundamentales de la inversión), en lugar de esperar a la revisión de la citada Directiva, que difícilmente podría integrar un régimen completo para las plataformas de *crowdfunding* (p. ej., en lo que se refiere a los requisitos de organización o a los deberes frente a los prestamistas).

¹⁵⁰ El art. 3.1) define los “servicios de crédito de financiación participativa” como “servicios prestados por una plataforma de financiación participativa para facilitar la concesión de créditos al consumo”. Por su parte, el apartado 12) del mismo artículo (vid. también cdo. 23) define al “intermediario de crédito” como “la persona física o jurídica que no actúa como prestamista ni notario, ni tampoco se limita a poner en contacto, directa o indirectamente, a un consumidor con un prestamista, y que, en el transcurso del ejercicio de su actividad comercial, negocio o profesión, y a cambio de una remuneración que puede ser de índole pecuniaria o revestir cualquier otra forma de beneficio económico acordado: a) presenta u ofrece contratos de crédito a los consumidores; b) asiste a los consumidores realizando los trámites previos u otra gestión precontractual respecto de contratos de crédito distintos de los indicados en la letra a), o c) celebra contratos de crédito con consumidores en nombre del prestamista”. Comparando ambas definiciones, parecería lógico concluir que los PSCFP tendrán la condición de intermediarios de crédito respecto a los contratos de crédito al consumo que se celebren a través de su plataforma, a menos que ellos mismos actúen como prestamistas (y así vendría a reconocerlo el cdo. 17). En estas condiciones, parece que cuando el art. 2.1, tras señalar que la Directiva se aplicará a los contratos de crédito, añade que la mayor parte de su articulado será también de aplicación “a los servicios de crédito de financiación participativa cuando dichos servicios no sean proporcionados por un prestamista o un intermediario de crédito”, está haciendo referencia a los contratos de acceso o mediación que el proveedor de la plataforma ha de celebrar con cada uno de sus clientes consumidores.

¹⁵¹ Así se deduce del art. 1 de la PDCC, que, al definir su objeto, alude a los servicios de crédito de financiación participativa “destinados a los consumidores”.

tecnológicos, de marketing, publicidad y diseño, análisis y evaluación de proyectos, etc.), en el marco de los contratos de mediación o acceso celebrados con ellos, pero al margen de operaciones de crédito concretas (en las que la propia PFP habría de aparecer necesariamente como intermediaria o, en su caso, como prestamista)¹⁵². En todo caso, no parece que las disposiciones contenidas en la PDCC sean aplicables a los servicios que las plataformas puedan prestar a clientes que no sean consumidores, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan extender su aplicación también a estos supuestos.

61. Singular interés presentan las previsiones contenidas en el art. 18 de la Propuesta (cfr. cdos. 45 a 50), donde se regula la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, que los Estados miembros deberán imponer, según los casos, al prestamista o -como novedad frente a la regulación precedente en materia de crédito al consumo- al PSCFP. Dicha evaluación deberá ser exhaustiva, y habrá de realizarse con carácter previo a la celebración del contrato de crédito o del contrato de prestación de servicios de crédito de financiación participativa. El mismo precepto aclara que la evaluación de solvencia se realizará en interés del consumidor y en aras de prevenir las prácticas de préstamo irresponsables y el endeudamiento excesivo; y, a tal efecto, los Estados miembros deberán garantizar que tanto los prestamistas como los PSCFP tengan acceso a las fuentes internas o externas pertinentes -incluido el propio consumidor-, así como, en su caso, a las bases de datos mencionadas en el art. 19, que alude concretamente a las bases de datos, tanto públicas como privadas, que contengan, al menos, información sobre las demoras en el pago por parte de los consumidores (es decir, datos negativos).

62. Por otra parte, la PDCC solo regula la prestación de servicios de financiación participativa a aquellos consumidores que buscan financiación a través de una PFP, no a aquellos que pretenden invertir por esta vía. Si la inversión procedente de particulares ha de canalizarse hacia empresas, será de aplicación el RSFPE (también en lo relativo a la protección de los inversores) y las normas de consumo relevantes (en especial, las que regulan la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores); si ha de canalizarse hacia otros consumidores, nos situamos en un ámbito que la PDCC deja, de forma expresa, fuera de su ámbito de aplicación.

63. En efecto, según se hace constar en la Exposición de Motivos de la Propuesta, en ella “*no se aborda la protección de los consumidores que obtienen créditos a través de plataformas de préstamo entre particulares, ya que dicha modalidad no se ajusta a la lógica de la propuesta. Por lo tanto -se dice-, la protección de los consumidores que invierten a través de estas plataformas y las responsabilidades de las plataformas con respecto a estos consumidores se evaluarán en otro contexto y, si procede, serán objeto de una propuesta legislativa*”¹⁵³. Más allá de la confusión en la que parecen haber incurrido los redactores de la exposición de motivos en este punto (no queda claro si se está hablando de la protección de los consumidores “*que obtienen créditos a través de plataformas*”, de los “*consumidores que invierten a través de estas plataformas*”, o de ambos), lo que sí parece claro es que el problema de la protección de los consumidores en el ámbito de las plataformas de financiación participativa basadas en el préstamo entre particulares (C2C) será abordado en una futura propuesta que, a lo que parece, habrá de regular este tipo de supuestos desde el punto de vista de la relación de los consumidores (promotores o inversores) con las plataformas de intermediación, y no entre sí¹⁵⁴; en este último ámbito, por tanto,

¹⁵² No serán aplicables a dichos servicios, concretamente, los arts. 4 (conversión de cantidades expresadas en euros a la moneda nacional), 11 (información precontractual en relación con ciertos contratos de crédito), 24 (posibilidad de descubrimiento), 25 (rebasamiento), 29 (reembolso anticipado), 34 a 36 (educación financiera, demoras y medidas de reestructuración o refinanciación, servicios de asesoramiento en materia de deudas) y 38 (obligaciones específicas para los intermediarios de crédito). Obsérvese que, en la mayor parte de los casos, los preceptos citados regulan extremos relacionados directamente con los contratos de crédito celebrados o que puedan llegar a celebrarse, pero son inaplicables a los servicios auxiliares que pueda prestar la plataforma como contenido del contrato de acceso o mediación celebrado con sus clientes. En otros casos (p. ej., art. 38), se trata de normas cuya aplicación a los prestadores de servicios de financiación participativa resultaría redundante o inútil, teniendo en cuenta las características propias del servicio que prestan tales operadores.

¹⁵³ Exposición de Motivos de la PDCC, cit., p. 8.

¹⁵⁴ Lo que, como vimos (*supra*, II.7), coincide con el planteamiento que se derivaba del art. 86.2 LFFE 2015. Una referencia al tema en CUENA (“Crédito al consumo...”, cit.), donde se pregunta cuál será el régimen aplicable al contrato por el que un

cabe pensar que seguirán siendo de aplicación las normas de Derecho nacional que regulen los contratos de préstamo entre particulares.

64. De este modo, la futura Directiva solo habrá de regular la financiación a consumidores a través de PFP cuando la financiación proceda, bien de la propia plataforma (en la medida en que las normas aplicables lo permitan), o bien de un tercero prestamista que sea empresario o profesional (cfr. art. 3.2))¹⁵⁵; no cuando la financiación proceda de otros consumidores, aunque, según el cdo. 18¹⁵⁶, en estos supuestos sí se podrán aplicar algunas normas de la Directiva que imponen deberes a las propias plataformas, p. ej., en lo relativo a la evaluación de solvencia, o a la información precontractual (cfr. arts. 18 y 10, respectivamente). En principio, no serían aplicables aquellas normas de la Directiva que imponen obligaciones a los prestamistas cuando estos tengan la condición de consumidores, si bien se deja abierta la puerta a la posibilidad de que los Estados miembros decidan aplicar las previsiones de la Directiva también en estos supuestos.

65. Por lo demás, se advierte que el contenido de la PDCC deberá coordinarse con las previsiones contenidas en otras normas de consumo, como las Directivas 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores¹⁵⁷, y 2005/29, sobre prácticas comerciales desleales¹⁵⁸, p. ej. en cuanto a la publicidad de los contratos de crédito y de los servicios de crédito de financiación participativa y a la información básica y general que ha de facilitarse a los consumidores (arts. 8 a 10). En materia de información precontractual (arts. 10 y 11), se prevé que la misma sea personalizada¹⁵⁹ y se base en el formulario de Información Normalizada Europea sobre el Crédito al Consumo, debiendo ir acompañada de un Resumen Normalizado Europeo sobre el Crédito al Consumo, de una página, en el que se esbozen las características principales del crédito en cuestión, con objeto de facilitar la comparación con otras ofertas. Se exige igualmente que dicha información se facilite al menos un día antes de que el

particular presta a través de una plataforma, y qué papel asumirá la plataforma intermediaria cuando es ella la que establece y redacta las cláusulas de un contrato de adhesión en el que no es parte. La autora considera criticable la decisión de dejar estos supuestos fuera de la PDCC (y previamente, fuera del RSFPE), por tratarse de una materia que requiere una regulación urgente, y porque dejar tal regulación a una futura norma contribuye a la dispersión normativa, en perjuicio de la debida protección de los intereses de los consumidores.

¹⁵⁵ Dicho prestamista podrá tener la condición de persona física o jurídica, aunque se reconoce a los Estados miembros la posibilidad de limitar la concesión de créditos al consumo únicamente a las personas jurídicas o a ciertas personas jurídicas (cdo. 22).

¹⁵⁶ Cdo. 18: “*Algunas disposiciones de la presente Directiva deben aplicarse, además, a los proveedores de servicios de crédito de financiación participativa que actúen en calidad de prestamistas o intermediarios de crédito, cuando faciliten la concesión de créditos entre, por una parte, las personas que conceden créditos al consumo fuera del ejercicio de su actividad comercial, empresarial o profesional y, por otra, los consumidores. En este contexto, el proveedor de servicios de crédito de financiación participativa debe cumplir determinadas normas y obligaciones de la presente Directiva, incluida la obligación de llevar a cabo una evaluación de solvencia y de cumplir las normas sobre información precontractual. Las personas que concedan créditos al consumo al margen del ejercicio de su actividad comercial, empresarial o profesional a través de una plataforma de crédito de financiación participativa no deben estar sujetas a las obligaciones para los prestamistas en virtud de la presente Directiva*”.

¹⁵⁷ Según se explica en la Exposición de Motivos de la PDCC (cit., p. 2), también está en vías de revisión la Directiva 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros, que regula los créditos al consumo que se venden a distancia, por ejemplo en línea, y que -según se afirma- actualmente están exentos del ámbito de la Directiva de crédito al consumo. Cfr. cdo. 8, que atribuye a la futura Directiva de crédito al consumo un carácter complementario respecto a la Directiva 2002/65, y aclara que, en caso de conflicto entre disposiciones, deberá prevalecer la primera como *lex specialis*.

¹⁵⁸ Cfr. art. 7 y cdo. 27: “*Los consumidores deben estar protegidos contra las prácticas desleales o engañosas, en particular en lo que respecta a la información facilitada por el prestamista, el intermediario de crédito o el proveedor de servicios de crédito de financiación participativa, de conformidad con la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Dicha Directiva sigue aplicándose a los contratos de crédito y a los servicios de crédito de financiación participativa, y funciona como una «red de seguridad» que garantiza el mantenimiento de un elevado nivel común de protección de los consumidores contra las prácticas comerciales desleales en todos los sectores, en particular complementando el resto del Derecho de la Unión*”.

¹⁵⁹ Vid., en particular, cdo. 39, donde se alude al derecho del consumidor a recibir una asistencia personalizada en relación con los productos crediticios que se le ofrecen, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, los conocimientos y la experiencia del consumidor y las características de los productos en cuestión, en lo que supone una aproximación clara al lenguaje habitualmente utilizado por las normas que regulan la protección del inversor.

consumidor quede vinculado por cualquier contrato de crédito, contrato para la provisión de servicios de crédito de financiación participativa u oferta; si la información se facilita menos de un día antes de que el consumidor quede vinculado, deberá recordarse a los consumidores, un día después de la celebración del contrato, la posibilidad de desistir del contrato (cdos. 30 y 32). Se establecen, en fin, requisitos específicos en cuanto a la forma que habrán de revestir los contratos de crédito o de provisión de servicios de crédito de financiación participativa y sobre la información que deberá incluirse en ellos (arts. 20 y 21).

66. La PDCC sigue en esencia la pauta marcada por la Directiva 2008/48, en lo que se refiere a los derechos reconocidos a los consumidores, con carácter irrenunciable (art. 43.1). Entre ellos cabe destacar el derecho a desistir del contrato de crédito o de provisión de servicios de crédito de financiación participativa en circunstancias semejantes a las contempladas en la Directiva 2002/65¹⁶⁰ (arts. 26 y 27); a poner fin a los contratos de duración indefinida (art. 28 y cdo. 60); al reembolso anticipado (art. 29 y cdo. 62), que habrá de llevar consigo la reducción del coste total del crédito, sin perjuicio del derecho del prestamista a obtener en tal caso una compensación justa; a dirigirse contra el prestamista o el proveedor de servicios de crédito de financiación participativa en caso de incumplimiento del contrato de suministro financiado, siempre que el consumidor haya dirigido previamente una reclamación infructuosa frente al tercero suministrador -aunque, al igual que sucedía en la Directiva 2008/48, se reconoce la libertad de los Estados miembros para mantener o establecer un régimen de responsabilidad solidaria en estos casos- (art. 27, apartados 2 y 3, y cdo. 61)¹⁶¹; o a no ver debilitada su posición en caso de cesión a un tercero de los derechos del prestamista (art. 39 y cdo. 76). En cambio -y también siguiendo la pauta de la Directiva 2008/48-, se deja a los Estados miembros la regulación acerca del posible carácter vinculante de las ofertas de crédito (cdos. 38 y 51).

67. Al margen de las ya señaladas, la PDCC presenta otras novedades relevantes, en algunas de las cuales es evidente la inspiración en la previa Directiva 2014/17, sobre crédito inmobiliario: se opta por simplificar, en aras de la eficacia, la información que han de recibir los consumidores en fase de publicidad y precontractual, teniendo en cuenta el uso creciente de dispositivos digitales por parte de aquellos (arts. 7 y ss.); se prohíben, como norma general, las prácticas de venta vinculada de servicios o productos financieros ofrecidos junto con el contrato de crédito o los servicios de crédito de financiación participativa, aunque se permite a los Estados miembros autorizar las prácticas de venta combinada, en las que esos mismos productos o servicios se ofrecen también por separado al consumidor, aunque no necesariamente en las mismas condiciones (art. 14, y cdos. 35 y 41); se introduce la obligación, a cargo de los Estados miembros, de imponer límites máximos de los tipos de interés, de la tasa anual equivalente y del coste total del crédito para el consumidor (art. 31 y cdo. 65); se establecen medidas encaminadas a alentar la “tolerancia razonable” de los prestamistas frente a posibles demoras o impagos del prestatario, antes de iniciar los procedimientos de ejecución (art. 35 y cdo. 70); se incentiva la prestación de servicios independientes de asesoramiento en materia de deudas para aquellos consumidores que se encuentren con dificultades para cumplir sus compromisos financieros (art. 36 y cdo. 72); y, a la espera de una mayor armonización, se remite a los Estados miembros el establecimiento de un proceso de re-

¹⁶⁰ Cfr. art. 26.5, que excluye la aplicación de los arts. 6 y 7 de la Directiva 2002/65 cuando el consumidor tenga derecho de desistimiento conforme a los apartados 1, 3 y 4 de este mismo art. 26. El ejercicio por el consumidor del derecho a desistir del contrato de crédito o del contrato para la prestación de servicios de crédito de financiación participativa llevará consigo la terminación de los contratos relativos a la prestación de servicios accesorios (art. 26.4). Del mismo modo, el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor respecto de un contrato de venta o de suministro de servicios deberá llevar consigo la ineficacia del contrato de crédito vinculado a aquel (art. 27 y cdo. 59). En cambio, serán los Estados miembros los que, en su caso, podrán regular las consecuencias del desistimiento relativo al contrato de crédito o de servicios de crédito de financiación participativa sobre el contrato vinculado relativo a la prestación de bienes o servicios (cfr. cdos. 13 y 57). El cdo. 56 advierte que el derecho de desistimiento no debe utilizarse de mala fe.

¹⁶¹ Es interesante destacar que, conforme a la definición del art. 3.21), se debe calificar como contrato de crédito vinculado aquel en que se recurra a los servicios de financiación participativa para financiar la adquisición de bienes o servicios cuando ambos contratos constituyan una “unidad comercial”, lo que sucederá, entre otros supuestos, “cuando los bienes específicos o la prestación de un servicio específico vienen expresamente indicados en el contrato de crédito o en los servicios de crédito de financiación participativa”.

conocimiento adecuado y de mecanismos de registro y supervisión a cargo de una autoridad competente independiente en relación con aquellos prestamistas, intermediarios de crédito y proveedores de servicios de crédito de financiación participativa que no sean entidades de crédito (art. 37 y cdos. 73 y 74).

V. La Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas

68. A partir de la entrada en vigor del RSFPE, y dada su eficacia directa, el régimen del Título V de LFFE, en su redacción original, solo podía considerarse subsistente en aquellos aspectos que no estuvieran directamente regulados por aquel. Sin embargo, la necesidad de actualizar dicho régimen para adaptarlo al nuevo marco derivado del RSFPE ha encontrado ya una respuesta en España con la promulgación de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (conocida como “Ley Crea y Crece”, en adelante, LCCE), cuyos arts. 14 y 15 se refieren de manera específica a esta cuestión. En lo que ahora interesa -el régimen de las PFP-, el texto definitivo de la Ley sigue, con escasas modificaciones, la pauta marcada por el Proyecto de Ley¹⁶², optando por mantener dicha regulación en el Título V de la LFFE, mediante la íntegra sustitución de su contenido por el que resulta de la nueva norma¹⁶³.

69. Conforme al art. 15 de la LCCE, el nuevo Título V de la LFFE, que mantendrá su rúbrica actual (“Régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa”), estará a su vez integrado por tres secciones dedicadas, respectivamente, a las “plataformas de financiación participativa armonizadas por el Derecho de la UE” (Sección 1ª, arts. 46 a 54), a las “plataformas de financiación participativa no armonizadas por el Derecho de la UE” (Sección 2ª, art. 55), y a las “agrupaciones de inversores” (Sección 3ª, art. 56). La primera sección tiene por objeto adaptar la legislación española al régimen jurídico derivado del Reglamento europeo, desarrollando -en términos bastante deficientes¹⁶⁴- aquellos aspectos

¹⁶² Proyecto de Ley núm. 121/000075, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, XIV Legislatura, 17 de diciembre de 2021.

¹⁶³ La decisión de mantener el régimen de las PFP en el Título V de la LFFE, en lugar de llevarlo a la nueva norma (como hacía el Anteproyecto), puede considerarse acertada en aras de la claridad. En su Dictamen al Anteproyecto (Dictamen n.º 936/2021, de 22 de noviembre, p. 55), el Consejo de Estado ya puso en duda la oportunidad de llevar la regulación de las PFP a una ley dedicada genéricamente a la creación y crecimiento de empresas, y consideraba como alternativas preferibles, bien la elaboración de una ley específica sobre régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa, o bien -y esta fue la solución finalmente acogida en el Proyecto- mantener su regulación en la Ley de 2015, en la que se abordaban diferentes aspectos relacionados con la financiación empresarial. Más discutible, desde el punto de vista de la técnica legislativa (a pesar de tratarse de una solución también propuesta por el Consejo de Estado), resulta que, para ello, en lugar de modificar simplemente el contenido de aquella norma, se opte por derogar íntegramente el Título V (art. 14), para, a continuación (art. 15), introducir un nuevo Título V con la misma rúbrica (“Régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa”), aunque con una estructura y contenido completamente distintos. Según el propio art. 14, la DD única y la DF 8ª, la derogación del Título V original y la entrada en vigor del nuevo tendrá lugar con efectos desde el 10 de noviembre de 2022. Obviamente, dicha previsión se corresponde con la fecha prevista para la aplicación del RSFPE (art. 51) y con el periodo transitorio previsto por su art. 48.1 para que las PFP pudieran seguir prestando sus servicios conforme a la Ley nacional (cfr. DT 4ª LCCE), pero no tiene en cuenta la posibilidad de que dicho periodo fuera prorrogado por un plazo adicional de doce meses, tal como preveía el art. 48.3 RSFPE, y tal como, efectivamente, ha ocurrido (en virtud del ya citado Reglamento Delegado (UE) 2022/1988, de la Comisión, de 12 de julio de 2022), lo cual denota una cierta precipitación o imprevisión por parte del legislador español. Cabe pensar, en todo caso, que, con base en el principio de primacía del Derecho europeo sobre el nacional, será posible extender el periodo transitorio también en el ámbito interno (en este sentido, PALÁ LAGUNA, Reyes, “Nuevo régimen para las plataformas de financiación participativas no armonizadas”, en *Análisis GA_P*, octubre 2022, disponible en https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/10/Nuevo_régimen_plataformas_financiación.pdf, p. 3). Por lo demás, cabe señalar que el número de artículos que habrán de integrar en lo sucesivo el Título V de la LFFE se verá sensiblemente reducido tras la reforma, lo que -al menos a primera vista- puede considerarse lógico, teniendo en cuenta que buena parte del régimen de las PFP ha de buscarse actualmente en el RSFPE. De este modo, si en la LFFE el Título V aparecía integrado por los arts. 46 a 93, conforme a la nueva Ley quedará integrado únicamente por los arts. 46 a 56.

¹⁶⁴ Vid., p. ej., el deficiente tratamiento que se hace de la responsabilidad por las omisiones o inexactitudes que puedan darse en la información que ha de facilitarse para elaborar la ficha de datos fundamentales de la inversión. En efecto, el art. 23.9 del RSFPE comienza diciendo: “Los Estados miembros velarán por que la responsabilidad por la información que figure en una ficha de datos fundamentales de la inversión recaiga, como mínimo, en el promotor del proyecto o en sus órganos de

en los que el propio RSFPE deja un margen de decisión a los legisladores nacionales. En la Sección 3ª se contempla -sin prácticamente regularla- una figura de nueva creación (la agrupación de inversores), que no estaba prevista en la Ley de 2015 ni encuentra ningún referente en el Reglamento europeo, y cuya verdadera virtualidad plantea importantes dudas en las que no entraremos.

70. Mayor interés, a los efectos que ahora nos interesan, presenta el contenido de la Sección 2ª, donde se pretende abordar la regulación de aquellas plataformas que quedan fuera del ámbito de aplicación del RSFPE conforme a lo establecido en el art. 1.2.a) y c) de este último, bien por prestar servicios de financiación participativa a promotores de proyectos que sean consumidores según la definición del art. 3, letra a), de la Directiva de crédito al consumo 2008/48/CE, o bien por intermediar en ofertas de financiación participativa cuyo importe sea superior a 5 millones de euros (calculado en un periodo de doce meses con arreglo a los criterios que se precisan en el propio precepto). Según el nuevo art. 55.1.b) LFFE, tales plataformas “*se someterán íntegramente al mismo régimen jurídico establecido en el Reglamento (UE) 2020/1503 (...) y en esta ley*”; es decir, el mismo régimen aplicable a las plataformas armonizadas de la Sección 1ª (cfr. art. 46.1), aunque con una diferencia importante, ya que solo las plataformas armonizadas podrán prestar servicios de financiación participativa de forma transfronteriza, conforme a lo dispuesto en el art. 18 RSFPE (art. 55.1.e)¹⁶⁵.

71. Dentro del escaso nivel que, en términos generales, presenta la nueva Ley en su conjunto¹⁶⁶, es quizá en esta Sección 3ª donde cabe localizar los aspectos más criticables. Por lo que se refiere el objeto del presente estudio, parece claro que los redactores de la norma, ignorando por completo el antecedente de la LFFE de 2015, no han tenido en cuenta, salvo en aspectos puramente superficiales, la

administración, dirección o supervisión”. En aplicación de esta norma, el legislador español podía optar por imputar la responsabilidad -además de a otros posibles sujetos-, bien al promotor, bien a sus órganos, o bien a unos y otros; pero, en este último caso, lo correcto hubiera sido establecer que la responsabilidad recaería “sobre el promotor y sobre sus órganos”, bien de forma mancomunada, solidaria o subsidiaria. En cambio, los redactores de la Ley 18/2022 han optado por reproducir literalmente la fórmula del Reglamento europeo en el nuevo art. 51.2 LFFE, privando a aquel precepto de su sentido y configurando un extraño modelo de responsabilidad “alternativa” en el que, al parecer, habrá que consultar la propia ficha para identificar, en cada caso, a quien haya de asumirla: “*La responsabilidad por la información que figura en la ficha de datos fundamentales de la inversión recaerá en el promotor del proyecto o en sus órganos de administración, dirección o supervisión. Las personas responsables de la ficha de datos fundamentales de la inversión se identificarán claramente en la ficha de datos fundamentales de la inversión (...)*”. Tampoco resulta fácilmente comprensible el contenido del nuevo art. 52.2 LFFE, cuando se refiere a la responsabilidad por la información contenida en la ficha de datos fundamentales de la inversión a nivel de plataforma (para aquellos casos en que la plataforma presta un servicio de gestión individualizada de carteras de préstamos). El art. 24.4 RSFPE encomienda a los Estados miembros determinar quiénes serán los sujetos responsables, estableciendo que, como mínimo, la responsabilidad deberá recaer en el PSFP; y añade que, en cualquier caso, los responsables deberán quedar identificados de distinta manera en función de que se trate de personas físicas o jurídicas. En el Reglamento, esta última matización tiene sentido ante la eventualidad de que un Estado miembro considere oportuno hacer responsable, no solo al PSFP, sino también a otras personas físicas (p. ej., sus administradores). Sin embargo, una vez que el nuevo art. 52.2 LFFE opta por hacer responsable únicamente al PSFP, y teniendo en cuenta que este, por definición, ha de ser una persona jurídica (art. 3.1 RSFPE), carecen de sentido las ulteriores precisiones -derivadas de una transcripción literal y poco meditada del RSFPE- acerca del modo en que habrán de identificarse los responsables cuando sean personas físicas.

¹⁶⁵ Lo que, obviamente, no excluirá la posibilidad de que sujetos de otros países puedan invertir en proyectos de consumo ofrecidos a través de plataformas autorizadas en España y que no dirijan su actividad hacia otros mercados. Respecto a la posibilidad de que consumidores residentes en España puedan participar como promotores o inversores en proyectos de *crowdfunding* de consumo publicados a través de plataformas domiciliadas en otro país, cabe señalar que, al haberse suprimido el art. 47 LFFE 2015, pueden plantearse dudas a la hora de determinar en qué medida tales sujetos podrán acogerse al régimen de protección derivado de la Ley española; vid. DE LA VEGA, *op. cit.*, p. 190, n. 13.

¹⁶⁶ Así, p. ej., resulta bastante incomprensible que en el Preámbulo se siga hablando de “inversores minoristas”, en lugar de adoptar la distinción entre inversores experimentados y no experimentados que utiliza el RSFPE, con la consiguiente -e injustificada- confusión terminológica. Otros ejemplos de mala técnica legislativa son rastreables a lo largo de la Ley. Así, p. ej., el Preámbulo de la norma sigue diciendo, en la fecha de su publicación en el BOE (29 de septiembre de 2022) que “el Reglamento de la Unión Europea que regula las plataformas de financiación participativa *será* de aplicación directa en España a partir del 10 de noviembre del 2021”; mientras que, fuera del ámbito de la financiación participativa, el art. 5, al modificar el art. 8 de la Ley 14/2013, configura su contenido como una excepción a lo previsto en el art. 6 del Código de Comercio, sin reparar en que el mismo ha sido recientemente derogado por la Disp. Derogatoria de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, por la que se reforma el Texto Refundido de la Ley Concursal.

diversidad de situaciones que pueden plantearse en función de que los promotores y/o los inversores que recurren a los servicios de una PFP actúen como profesionales o como consumidores.

72. La primera y más obvia crítica que cabe hacer a la Ley, en este sentido, reside en la decisión de someter las plataformas no armonizadas al mismo régimen que las armonizadas, sin considerar en absoluto -tal como tuvo ocasión de señalar el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto¹⁶⁷- las razones que pudieron llevar al legislador europeo a excluir determinados supuestos del ámbito de aplicación del Reglamento 2020/1503¹⁶⁸. En el caso de la financiación participativa dirigida a consumidores, el cdo. 8 del propio RSFPE se limitaba a señalar que, siendo el objetivo de la norma fomentar la financiación transfronteriza de las empresas, los servicios de financiación participativa relacionados con préstamos y créditos dirigidos a los consumidores debían quedar al margen del mismo; pero, yendo más allá, parece claro que el legislador europeo tuvo muy presente que el régimen aplicable al *crowdfunding* de consumo no podía identificarse sin más con el previsto para empresarios, y que, partiendo de la aplicabilidad en este ámbito de las normas ya existentes en materia de consumo -y, en particular, de crédito al consumo-, el tratamiento específico de estos supuestos debería ser abordado, en su caso, en el contexto de la revisión de tales normas. En el caso de las ofertas de importe superior a 5 millones de euros, la explicación de su exclusión del RSFPE puede encontrarse en su cdo. 16, donde se señala que, en aras de proteger eficazmente a los inversores frente a los riesgos inherentes a las inversiones de financiación participativa, y con objeto de establecer un mecanismo de disciplina de mercado, conviene fijar un umbral (*sic*, aunque se trataría más bien de un límite) para el importe total de las ofertas de financiación participativa procedentes de un determinado promotor; límite que se considera adecuado fijar en 5 millones de euros, por tratarse del umbral que utiliza la mayoría de los Estados miembros para eximir a los valores ofertados al público de la obligación de publicar un folleto, de conformidad con el Reglamento (UE) 2017/1129¹⁶⁹. A la vista de estas explicaciones -fácilmente accesibles mediante la simple lectura de los considerandos del RSFPE-, no se entiende qué puede haber llevado a los redactores de la Ley 18/2022 a someter íntegramente los dos supuestos señalados al régimen del propio RSFPE¹⁷⁰, sin tener en cuenta las circunstancias que aconsejan dotarlos de una regulación distinta que, además, habría de ser muy diferente en uno y otro caso, teniendo en cuenta que se trata, de algún modo, de supuestos antitéticos; todo ello sin perjuicio de que, en su caso, se hubiera optado por remitir al régimen del RSFPE, en caso de considerarse conveniente, la regulación de ciertos extremos concretos del *crowdfunding* de consumo (p. ej., los requisitos organizativos y opera-

¹⁶⁷ “Dictamen...”, cit., p. 56.

¹⁶⁸ Y que, según se señalaba en el Dictamen -a nuestro juicio, sin fundamento-, podían estar relacionadas con las características peculiares de estas plataformas y con la necesidad de dotarlas de una regulación específica que “no se puede establecer a nivel del derecho de la UE”.

¹⁶⁹ Reglamento (UE) 2017/1129 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado y por el que se deroga la Directiva 2003/71/CE. El art. 1.4 de dicho Reglamento fue modificado por el RSFPE (art. 46) con el fin de excluir de la obligación de publicar el folleto informativo las ofertas públicas de valores hechas por proveedores de servicios de financiación participativa autorizados con arreglo al propio RSFPE, cuando no superen el umbral de cinco millones de euros calculados en un periodo de doce meses. Vid. también la ya citada Directiva 2014/65 (MiFID II), que a su vez fue modificada por la Directiva 2020/1504, de 7 de octubre, con el fin de evitar que un mismo servicio requiera más de una autorización en la UE, excluyendo de su ámbito de aplicación a los proveedores de servicios de financiación participativa autorizados conforme al RSFPE. En el caso de España, téngase en cuenta que el art. 34 TRLMV, en su actual redacción (procedente de la Ley 5/2021, de 12 de abril) eleva a ocho millones de euros el umbral a partir del cual es obligatoria la elaboración y publicación del folleto, salvo en el caso de las entidades de crédito, para las que se mantiene el umbral en cinco millones.

¹⁷⁰ Muy crítica con la orientación del Proyecto de LCCE en este punto, CUENA (“Crédito al consumo...”, cit.): “Aunque parezca una broma, el legislador español deroga la poca regulación que teníamos al respecto y en la nueva redacción que da al art. 55 LFFE dispone que ‘(las plataformas no armonizadas) se someterán íntegramente al régimen jurídico establecido en el Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de octubre de 2020 y en esta ley’. Es decir, destruimos nuestra escasa regulación nacional en materia de financiación a consumidor y nos remitimos a un Reglamento que expresamente excluye de su ámbito de aplicación el *crowdfunding* al consumidor”. Enlazando con sus críticas al planteamiento del legislador europeo, añade: “Da la impresión de que este caos normativo europeo y nacional en este tema es premeditado. Es como si se quisiera frenar el crecimiento espectacular que a nivel europeo estaba teniendo el *crowdfunding* al consumo, para que los consumidores solo puedan acudir a financiarse a la banca tradicional”. Y concluye: “Los cambios legales que se avecinan harán que el crédito al consumo sea caro, contribuyendo todavía más a generar más sobreendeudamiento a los particulares”.

tivos aplicables a los PSFP, el régimen de autorización, inscripción o supervisión, o el de infracciones y sanciones)¹⁷¹. De hecho, da la impresión de que el legislador español se ha limitado a considerar, de cara a la adaptación del Derecho interno, aquellos aspectos del RSFPE que hacen referencia al régimen de los PSFP, sin tener en cuenta que en aquel se regulan también cuestiones que afectan a las relaciones entre inversores y promotores y a los derechos y obligaciones que corresponden a unos y otros¹⁷².

73. Obsérvese, además, que con la opción elegida por la norma española se está ignorando el hecho de que una ley interna no puede soslayar la necesidad de aplicar el régimen derivado de las normas europeas de consumo vigentes en aquellas materias que entran dentro de su ámbito de aplicación; y eso es exactamente lo que hace la LCCE a propósito de las llamadas “plataformas no armonizadas”, sin que, en relación con ellas (y a diferencia de lo que, en todo caso, podría afirmarse respecto a las “plataformas armonizadas”, que sí cuentan con una regulación europea específica recogida en el RSFPE) pueda apelarse al principio de especialidad para hacer prevalecer la regulación derivada de la LCCE sobre las citadas normas de consumo. En este sentido, parece claro que la derogación del art. 86 LFFE 2015 no debería poner en cuestión la aplicación al *crowdfunding* de consumo de la vigente Ley de crédito al consumo en la medida en que los contratos de crédito que lleguen a celebrarse y las correspondientes actividades de intermediación entren dentro de su ámbito de aplicación. Parece claro, sin embargo, que en ausencia de una norma como la del art. 86.2 LFFE 2015 resultará más difícil adaptar el régimen de la LCCC a las peculiaridades del *crowdfunding*, así como fundamentar la consideración de la PSFP como intermediaria a los efectos de la propia LCCC cuando el prestamista en el contrato de crédito intermediado no sea un profesional. En cambio, la derogación del art. 86.1 LFFE 2015 sí tendrá como efecto previsible la imposibilidad de aplicar al *crowdfunding* de consumo las disposiciones de la Ley 2/2009, ya que, no siendo esta norma transposición de una Directiva, el principio de especialidad habrá de excluir su aplicación en favor de la nueva regulación “nacional” prevista por la LCCE para las “plataformas no armonizadas”.

74. Pero las negativas consecuencias del planteamiento sistemático seguido por la LCCE¹⁷³ van incluso más lejos. Y es que, como hemos visto, para formular la delimitación entre plataformas armonizadas y no armonizadas, la norma toma como referencia las excepciones que el RSFPE establece en su art. 1.2, apartados a) y c) a efectos de delimitar su propio ámbito de aplicación; y sucede que, en el Reglamento, dichas excepciones *no se refieren a tipos de plataformas, sino a tipos de servicios o de ofertas*. En efecto, lo que el RSFPE excluye de su ámbito de aplicación en los citados preceptos son, por un lado, los servicios de financiación participativa que se presten a promotores de proyectos que sean consumidores; y, por otro, las ofertas de financiación participativa cuyo importe sea superior a 5 millones de euros. El Reglamento europeo no excluye ni limita en absoluto la posibilidad de que un mismo PSFP preste, al mismo tiempo, servicios incluidos en su ámbito de regulación y otros excluidos de él, que, en su caso, se registrarán por las correspondientes disposiciones europeas o nacionales¹⁷⁴.

¹⁷¹ Sin ánimo exhaustivo, cabe preguntarse, p. ej., hasta qué punto tiene sentido extender al *crowdfunding* de consumo un régimen de infracciones y sanciones diseñado para el *crowdfunding* empresarial; de qué manera se pueden armonizar el régimen de oferta vinculante o el periodo de reflexión precontractual que el art. 22 RSFPE reconoce a los inversores no experimentados con los derechos de desistimiento que, por aplicación de las normas de consumo, puedan corresponder al inversor o al promotor que tengan la condición de consumidores; cuál es la relación entre los mecanismos de evaluación del riesgo de crédito de proyectos y promotores a los que se refiere el RSFPE (art. 4) y el deber de evaluar la solvencia del consumidor prestatario que imponen las normas sobre crédito al consumo; de qué manera pueden adaptarse a las especiales características del *crowdfunding* de consumo los requisitos del RSFPE relacionados con las comunicaciones publicitarias, la información precontractual en relación con promotores, proyectos y préstamos, el contenido de la ficha de datos fundamentales de la inversión, etc.

¹⁷² Sobre la desproporción que puede suponer la aplicación del régimen derivado del RSFPE a las plataformas que publican proyectos de consumo, señala PALÁ LAGUNA (*op. cit.*, p. 6): “Nótese además que no contamos con una regla *de minimis* que exonere de la aplicación del nuevo régimen a proyectos de financiación de escasa cuantía a consumidores vía préstamos. Los proveedores de estos servicios habrán de cumplir los más de diez reglamentos delegados de desarrollo de la norma de nivel 1 que la Comisión Europea aprobó el pasado 12 de julio”.

¹⁷³ Sugerido, por cierto, por el propio Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto (p. 56), quizá con ánimo de mejorar la muy deficiente sistemática del mismo.

¹⁷⁴ Que el art. 1.2 del RSFPE excluye de su ámbito de aplicación ciertos tipos de servicios, y no ciertos tipos de plataformas, se pone de manifiesto, incluso con mayor claridad, a la vista de su apartado b), en el que se alude a “*otros servicios relacionados*”.

75. La incompreensión de los redactores de la Ley 18/2022 acerca de la delimitación que el RSFPE hace de su propio ámbito de aplicación, y la opción sistemática elegida (la distinción *entre plataformas armonizadas y no armonizadas, y no entre servicios armonizados y no armonizados*), dan lugar a consecuencias imprevistas y, a nuestro juicio, carentes de justificación. El nuevo art. 55.1.a) de la LFFE dispone que las plataformas no armonizadas, “*por incurrir*” (*sic*) en las excepciones previstas en el art. 1.2.a) y c) del Reglamento Europeo, “*prestarán exclusivamente los servicios recogidos en el art. 1.2.a) o intermediarán exclusivamente ofertas de financiación participativa previstas en el art. 1.2.c) del Reglamento (UE) 2020/1503...*”. Aunque una lectura apresurada de la norma podría sugerir una interpretación distinta, no parece que con ello se persiga imponer un régimen de exclusividad a las PFP que pretendan prestar servicios a promotores consumidores o intermediar en ofertas de importe superior a 5 millones de euros, prohibiéndoles prestar otros servicios o intermediar otras ofertas distintas. Tal interpretación carecería de cualquier apoyo en el Reglamento europeo, y tampoco tendría ninguna justificación lógica: no se alcanza a ver por qué una plataforma constituida conforme al RSFPE y sometida a su régimen (esto es, lo que en el lenguaje de la LCCE sería una “plataforma armonizada”) debe verse privada de la posibilidad de prestar también los servicios señalados¹⁷⁵, sin perjuicio de que la regulación de estos deba buscarse fuera del propio Reglamento y su prestación haya de limitarse al ámbito nacional. Añádase a ello que, si se entendiera que la intermediación en el *crowdfunding* dirigido a consumidores ha de prestarse en régimen de exclusividad por plataformas no armonizadas, y teniendo en cuenta que estas no pueden prestar sus servicios de forma transfronteriza, se estaría dificultando la posibilidad de que las plataformas españolas que ofrecieran servicios de financiación a consumidores pudieran competir en el ámbito europeo¹⁷⁶, lo que tampoco resulta razonable.

76. Descartada la interpretación señalada, la única solución alternativa pasaría por entender que, en la nueva sistemática de la LFFE, solo serán “plataformas no armonizadas”, y por tanto estarán sometidas a lo dispuesto en el art. 55, aquellas PFP que, de manera exclusiva, se dediquen, bien a prestar servicios a promotores consumidores, o bien a intermediar en ofertas de importe superior a 5 millones de euros; supuestos que, como es evidente, tendrán, en el mejor de los casos, un carácter residual¹⁷⁷. El problema que genera entonces el planteamiento sistemático derivado de la Ley 18/2022 reside en que da lugar a una inesperada, y en todo caso injustificada, laguna de regulación: cuando las “plataformas armonizadas” presten (entre otros) servicios a promotores consumidores, o intermedien ofertas por importe superior a 5 millones, estas actividades no estarán reguladas, ni por la Sección 1ª (que solo se aplica a las plataformas armonizadas en cuanto presten servicios regulados por el RSFPE), ni por la Sección 2ª (que solo se aplica a las plataformas no armonizadas, es decir, aquellas cuya actividad consista, exclusivamente, en prestar servicios de FP a promotores consumidores, o en intermediar ofertas de FP de importe superior a 5 millones de euros).

77. La laguna de regulación resultante carece, a nuestro juicio, de cualquier justificación razonable, y plantea, además, el problema de determinar cuál será el régimen aplicable en los casos señalados. De forma esquemática, cabría plantear dos soluciones alternativas. La primera -que parece imponerse de forma intuitiva, y que probablemente coincide con el objetivo final que los redactores de la LCCE perseguían- consistiría en aplicar a los servicios señalados -apelando, en su caso, al argumento analógico- el

con los definidos en el artículo 2, apartado 1, letra a), y que se presten de conformidad con el Derecho nacional”. Lo que viene a significar que el hecho de que un PSFP preste ciertos servicios adicionales regulados por el Derecho nacional no significa que el resto de su actividad deje de estar sometida al Reglamento.

¹⁷⁵ Vid., en este sentido, art. 12.13 RSFPE: “*Los proveedores de servicios de financiación participativa autorizados en virtud del presente Reglamento podrán participar también en actividades distintas de las cubiertas por la autorización a que se refiere el presente artículo de conformidad con la normativa aplicable de la Unión o nacional*”. Téngase en cuenta que con la derogación de la LFFE 2015 desaparece la exigencia de que las entidades autorizadas como PFP se dediquen en exclusiva a las actividades de financiación participativa y, en su caso, a las propias de las entidades de pago híbridas (art. 55.a) LFFE 2015); aunque se mantiene la reserva de actividad a favor de las entidades que hayan obtenido la pertinente autorización.

¹⁷⁶ Una referencia al respecto en CUENA (“Crédito al consumo...”, cit.).

¹⁷⁷ En el Dictamen del Consejo de Estado (p. 56) se hacía precisamente esta misma puntualización, especialmente respecto a las PFP de financiación a consumidores.

régimen previsto para las plataformas no armonizadas, que, como ya sabemos, coincide con el previsto para las plataformas armonizadas, y no es otro que el resultante del RSFPE, con las especialidades derivadas de la propia LFFE en su nueva redacción. Aunque, como decimos, esta solución parecería imponerse por sí sola -aunque solo fuera por razones de coherencia interna de la norma-, ya hemos señalado que la misma conduciría a resultados indeseables, tal como revela el hecho de que el propio Reglamento los haya excluido de manera expresa de su ámbito de aplicación; al margen de que el recurso a la analogía podría quedar vedado en ciertos aspectos, como los relacionados con el régimen sancionador. Cabría añadir que, si bien la aplicación del régimen del RSFPE a las plataformas no armonizadas del art. 55 no está suficientemente justificado, el efecto práctico de tal decisión legislativa es limitado, ya que, como también hemos apuntado, las plataformas calificables como no armonizadas conforme a la nueva norma (es decir, aquellas que, de manera exclusiva, se dedican a prestar servicios de FP a promotores consumidores o a intermediar en ofertas de FP de importe superior a 5 millones) constituyen supuestos residuales. En cambio, es razonable pensar que numerosos proveedores de servicios de financiación participativa autorizados conforme a las previsiones del RSFPE pueden estar interesados en prestar, entre otros, aquellos servicios que el propio Reglamento excluye de su ámbito de aplicación; y, por tanto, la determinación del régimen aplicable a estos supuestos sí puede llegar a tener una considerable relevancia práctica.

78. Teniendo en cuenta lo apuntado, consideramos que la solución más adecuada -aunque sin duda más laboriosa- consistiría en “aprovechar” la laguna de regulación generada -de forma probablemente no intencionada- por los redactores de la Ley 18/2022 para excluir la aplicación en estos supuestos del régimen derivado del RSFPE, y optar en cambio por reconstruir el régimen aplicable teniendo en cuenta aquellas otras normas europeas o nacionales que pueden tener incidencia en este ámbito. En el caso de las ofertas de financiación participativa de importe superior a 5 millones de euros -supuesto en el que no podemos profundizar en este momento-, parece que, en la medida en que se instrumenten mediante la emisión de valores negociables, lo procedente sería aplicarles las normas que imponen la obligación de elaborar y publicar un folleto informativo¹⁷⁸. En el caso de los servicios de financiación participativa dirigidos a promotores consumidores, y a la espera de los nuevos elementos que pueda aportar la futura Directiva sobre contratos de crédito al consumo (que los redactores de la LCCE no parecen haber tenido en cuenta), entendemos que la solución habrá de buscarse -además de en las normas generales sobre obligaciones y contratos- en la aplicación de las múltiples normas vigentes (varias de ellas examinadas a lo largo del presente trabajo) que inciden sobre la protección de inversores y consumidores en materia de servicios financieros, crédito al consumo (también en el ámbito inmobiliario, una vez desaparecidas -por cierto, sin explicación alguna¹⁷⁹- las prohibiciones derivadas de los arts. 74.2 y 87 LFFE 2015), contratación a distancia y electrónica, etc., o sobre la actividad de las plataformas intermediarias en línea¹⁸⁰, etc. Idealmente, la aplicación de

¹⁷⁸ Vid. *supra*, n. 169. En este sentido, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, “Crowdfunding de inversión”, en CUENA CASAS, M., e IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (dirs.), *Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech*, ed. Wolters Kluwer, 2021, p. 416; y PALÁ LAGUNA (*op. cit.*, p. 4), subrayando la confusión en la que incurre el Preámbulo de la LCCE (apartado II) cuando señala: “Además, destaca la fijación de un límite de inversión por proyecto de cinco millones de euros, superable hasta el límite previsto en la legislación de cada Estado miembro, a partir del cual se exige la emisión de un folleto (pero en este caso sin poder contar con pasaporte europeo sino sólo dentro de ese Estado miembro)”. Como apunta la autora, el límite de cinco millones por proyecto es el que determina la aplicación del RSFPE -y de la Ley española que se remite a él- a los PSFP; por encima de dicho límite, las ofertas de acciones y obligaciones o de valores negociables en general no quedan sometidas al RSFPE, sino al Reglamento de folletos 2017/1129, y a las normas contenidas en el TRLMV (vid., en particular, arts. 34 y 35).

¹⁷⁹ Resulta llamativo, en efecto, que, sin explicación alguna, se hayan eliminado las prohibiciones relativas a la constitución de hipoteca por parte del promotor como garantía de las obligaciones asumidas en el marco de un proyecto de financiación participativa, sin consideración alguna al hecho de que el promotor pueda ser un consumidor o de que la hipoteca pueda recaer sobre su vivienda habitual; lo que, ciertamente, puede facilitar el desarrollo del *crowdfunding* de consumo en el ámbito inmobiliario, pero también puede generar un grave riesgo de sobreendeudamiento, sobre el cual, además, ya no existe un deber específico de advertir al promotor que tenga la condición de promotor (cfr. art. 88 LFFE 2015).

¹⁸⁰ Vid. las consideraciones de CUENA (“Régimen...”, cit., p. 461) acerca de la posible aplicación a las plataformas de financiación participativa de los deberes de información que el nuevo art. 6 bis de la Directiva 2011/83 (introducido por la Directiva 2019/2161) impone a los proveedores de mercados en línea sobre sí el tercero que ofrece sus bienes o servicios a través de la plataforma es o no comerciante; si, en consecuencia, son aplicables o no al contrato que se celebre las normas sobre protección de los consumidores; y, en su caso, quién será el responsable de garantizar los derechos de los consumidores en relación con aquel contrato.

tales normas en el ámbito específico de las PFP debería ser ajustada o adaptada por el legislador mediante la elaboración de normas específicas, como las que recogía la LFFE en su redacción original, y que, lamentablemente, han sido simplemente ignoradas a la hora de elaborar la nueva regulación¹⁸¹.

VI. Conclusión

79. Si se pretende favorecer, con las necesarias garantías, el desarrollo del *crowdfunding* financiero como sistema de financiación alternativo para empresas y particulares, resulta imprescindible clarificar, entre otras cuestiones, en qué medida y de qué manera han de incidir en este ámbito las normas sobre protección de los consumidores. Desde el punto de vista de los inversores, es necesario aclarar si la protección de los mismos ha de canalizarse únicamente a través de los instrumentos y categorías propias del mercado financiero (basados en los diversos grados de sofisticación de aquellos), o puede hacerse compatible, en su caso, con los instrumentos propios del Derecho de consumo. Por otro lado, la posibilidad de que los consumidores recurran a las plataformas de *crowdfunding* para financiar proyectos de carácter no empresarial plantea también la necesidad de determinar si los promotores, en este tipo de casos, podrán hacer valer los mecanismos de protección establecidos a favor de los prestatarios, especialmente, en las normas que regulan el crédito al consumo. Para ello, resulta imprescindible tener presente que la dinámica propia del *crowdfunding* (en la que es el promotor el que toma la iniciativa para buscar inversores a través de una plataforma intermediaria, estableciendo las condiciones de la financiación pretendida) es muy distinta de la que caracteriza al mercado tradicional del crédito al consumo, lo que obliga a revisar las normas hasta ahora existentes con el fin de adaptarlas a las exigencias impuestas por la nueva realidad.

80. En el caso de España, un primer intento -sin duda insuficiente, pero bien orientado- de dar respuesta a los interrogantes planteados se plasmó en el Título V de la Ley 5/2015, de fomento de la financiación empresarial, que dedicaba varios de sus preceptos a la regulación del modo en que las normas de consumo debían incidir sobre el *crowdfunding* financiero, atendiendo a la posición de los diferentes sujetos implicados (inversores, promotores y plataformas). Con la promulgación del Reglamento (UE) 2020/1503, que regula los servicios de financiación participativa dirigidos a empresas (armonizando a nivel europeo, entre otros aspectos, el régimen de protección de los inversores), y la anunciada revisión de la Directiva sobre crédito al consumo (en la que habrá de tenerse en cuenta de manera específica el fenómeno del *crowdfunding* de consumo y el papel de las plataformas), el legislador español se ha visto enfrentado a la necesidad de actualizar el régimen de la Ley de 2015 mediante la elaboración de la Ley 18/2022, de creación y crecimiento de empresas. Sin embargo, el resultado de esta última reforma, en lo que se refiere a la cuestión que nos ocupa, solo puede calificarse de decepcionante. La nueva Ley hace tabla rasa de los -escasos- mimbres que aportaba su precedente, y, haciendo caso omiso de los planteamientos que subyacen a las iniciativas europeas en curso, diseña un extraño sistema en el que, partiendo de una discutible distinción entre “plataformas armonizadas conforme al Derecho europeo” (que serían las reguladas por el Reglamento UE 2020/1503) y “plataformas no armonizadas conforme al Derecho europeo” (que serían las no reguladas por aquel Reglamento, entre ellas las dedicadas al *crowdfunding* de consumo), opta por someter estas últimas, íntegramente, al mismo régimen que las primeras (salvo en lo relativo a la imposibilidad de desarrollar su actividad a nivel transfronterizo). Se trata de una solución simplista, mal enfocada desde el punto de vista sistemático, técnicamente imperfecta, y que demuestra una deficiente comprensión por parte del legislador acerca de la problemática relacionada con la incidencia del Derecho de consumo sobre el régimen del *crowdfunding* y de los posibles efectos perniciosos de una inadecuada regulación en este punto: incertidumbre e inseguridad jurídica, restricciones al desarrollo de vías alternativas de financiación, riesgos de desprotección y sobreendeudamiento para los consumidores, riesgo de sobrerregulación para los operadores de plataformas, etc.

¹⁸¹ Vid. RUBIO, *op. cit.*, p. 471, quien, tras criticar que el RSFPE haya dejado fuera el *crowdfunding* de consumo, sugería que el legislador español estableciese un régimen nacional de la financiación participativa dirigida a consumidores “manteniendo las protecciones ahora previstas en la Ley 5/2015”, con referencia expresa a los arts. 86 a 88 de esta.

La determinación de la residencia habitual en las crisis matrimoniales transfronterizas y la importancia de su fundamentación en las resoluciones judiciales

The determination of habitual residence in international marital crises and the importance of its legal substantiation in judicial decisions

LAURA GARCÍA ÁLVAREZ

*Profesora Contratada Doctora Interina de Derecho internacional privado
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ORCID: 0000-0001-7302-292X

Recibido: 16.11.2022/Aceptado: 22.12.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7544

Resumen: El interés por realizar esta contribución parte de la lectura de un auto de la AP de Santander, de 4 de mayo de 2022, y de la correspondiente resolución de primera instancia, sobre un divorcio entre dos nacionales rumanos, trabajadores de temporada en España. Aquellas yerran en el ámbito de aplicación de los Reglamentos UE (2201/2003 y 2019/1111) y fundamentan escasamente la concreción de la “residencia habitual” de las partes, cuestión esencial cuando de ello depende el acceso a la justicia ante nuestros tribunales. Se realiza un estudio más amplio de la jurisprudencia nacional y se observa que este tipo de errores no son infrecuentes, tanto en el ámbito de aplicación de los mencionados Reglamentos y de las normas internas, cuya interpretación y aplicación respectiva se aborda, como en la concreción del concepto autónomo de “residencia habitual”, clave para la correcta aplicación de la mayoría de foros que aquellos contienen.

Palabras clave: Residencia habitual; crisis matrimoniales; competencia judicial internacional; Reglamentos (UE) 2019/1111 y 2201/2003; jurisprudencia del TJUE; competencia residual; normas de competencia internas.

Abstract: The reason for writing this contribution came as a result of reading a decision from the AP de Santander, on the 4th of May 2022, and the corresponding first instance decision with regards the divorce between two Romanian nationals, temporary workers in Spain. In addition to the incorrect application of EU Regulations (2201/2003 and 2019/1111), the decisions scarcely substantiate the place where the parties were “habitually resident”, an essential point when this determines the access to justice in our domestic courts. In a wider study of other domestic decisions, it has been observed that this type of errors is not infrequent, both in relation to the scope of application of the EU Regulations and of the domestic rules on international jurisdiction, both critically analysed, and also to the autonomous concept of “habitual residence” which is present in most of the alternative forums of international jurisdiction concerned.

Keywords: Habitual residence, marital crises, international jurisdiction; 2019/1111 and 2201/2003 EU Regulations; EUCJ case law; residual jurisdiction; domestic rules of international jurisdiction.

Sumario: I. Competencia judicial internacional en crisis matrimoniales transfronterizas en la Unión Europea: introducción y marco jurídico. 1. El ámbito de aplicación de los Reglamentos

(UE) 2201/2003 y 2019/1111 y la operatividad de la ley interna: una referencia necesaria dados los frecuentes errores en su interpretación por los tribunales españoles. 2. Las normas que regulan la competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales en los Reglamentos europeos. 3. Las normas que regulan la competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales en la ley interna. II. La “residencia habitual” en el Reglamento UE 2019/1111 y su precedente 2201/2003 respecto de las crisis matrimoniales. III. Su aplicación reciente por la jurisprudencia española: crónica de aciertos y errores. IV. En especial: el auto de la AP Santander de 4 de mayo de 2022 y el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Reinosa de 15 de diciembre de 2021. 1. El auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Reinosa de 15 de diciembre de 2021. 2. El auto de la AP Santander de 4 de mayo de 2022. V. Reflexiones finales.

I. Competencia judicial internacional en crisis matrimoniales transfronterizas en la Unión Europea: introducción y marco jurídico

1. El interés de esta contribución parte de la lectura y del análisis de un auto de la Audiencia Provincial (AP) de Santander, de 4 de mayo de 2022¹, que desestima un recurso de apelación interpuesto contra la decisión del Juzgado de Primera Instancia de Reinosa² que declaró su incompetencia para el conocimiento de una demanda de divorcio entre dos cónyuges de nacionalidad rumana, trabajadores de temporada en España.

2. La resolución, que se comentará ampliamente en el epígrafe IV de esta contribución, si bien recoge acertadamente la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE, en adelante), en cuanto a que la residencia habitual de un sujeto solo puede ser una en un momento concreto³, aunque tenga varias residencias, yerra, como veremos, en la concreción del ámbito de aplicación temporal del Reglamento 2019/1111⁴ y fundamenta escasamente, a nuestro juicio, la “residencia habitual” de los cónyuges y de la parte demandante, sin distinguir en su análisis entre ambas. Esta cuestión es esencial cuando de dicha fundamentación depende el acceso a la justicia de nuestros tribunales en el marco de unas normas de competencia judicial internacional que, como veremos, proporcionando foros alternativos, pretenden proveer una variedad de foros disponibles y facilitar la elección de un foro de su conveniencia para los cónyuges, conciliándolo con la debida proximidad del caso con el Estado del foro.

3. No obstante, dicha resolución mejora sustancialmente el auto del Juzgado de Primera Instancia de Reinosa, a todas luces confuso y escaso en su fundamentación. Afirma textualmente que⁵: “En el presente supuesto, , y como indica el Ministerio Fiscal, ninguno de los foros competenciales que aparecen en el artículo 8 del Reglamento 1259/10, artículo 3. 1. a del Reglamento nº 2201/03 del Consejo Europeo, ni el artículo 22 quater de la LOPJ, indican la competencia de este Juzgado”⁶. Como se verá ampliamente más adelante, se luce aquí el Juzgado cuando cita en primer lugar un Reglamento, el 1259/2010⁷, del sector de ley aplicable y entiende que el artículo 8, que contiene normas de conflicto,

¹ AAP Santander 178/2022, de 4 de mayo de 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A].

² Auto del Juzgado de Reinosa de de fecha 15 de diciembre de 2021 (autos de juicio de familia número 343 de 2021), no disponible en la base de datos del CENDOJ ni en el resto de repertorios habituales de jurisprudencia. Tras la negativa de la Letrada de Administración de Justicia del Juzgado de Reinosa a facilitárnoslo para la investigación, nos remitimos por escrito al CENDOJ que finalmente nos remite el texto del auto que se comentará en el epígrafe IV junto con el AAP Santander.

³ Vid., SSTJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, [ECLI:EU:C:2021:955] y de 1 de agosto de 2022, asunto C-501/20 [ECLI:EU:C:2022:619], que se comentarán sus aportaciones en el epígrafe II de esta contribución.

⁴ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida), DOUE L 178/1, 2 de julio de 2019.

⁵ Se transcribe textualmente sin corregir las faltas de puntuación.

⁶ Auto del Juzgado de Reinosa (Sección 1), de fecha 15 de diciembre de 2021, nº recurso 343/2021, FD 2. No se dispone de ECLI ya que se ha obtenido expresamente a través del CENDOJ.

⁷ Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DOUE L 343, 29.12.2010, p. 10–16. Hubiese bastado

es aplicable para la determinación de la competencia judicial internacional -competencia que como tal nunca se menciona, haciéndose referencia a la “competencia territorial”-. Tampoco sigue el íter normativo conducido por la primacía de la norma europea ni menciona su ámbito de aplicación, y se olvida, entre otras cosas, de las normas de competencia residual del Reglamento que harían inviable acudir a la LOPJ – en su conjunto, no solo al 22 *quáter*- en este supuesto. Sobre la concreción de la “residencia habitual”, el auto tampoco la fundamenta, a nuestro parecer, acertada ni suficientemente, como analizaremos en el epígrafe IV.

4. De dicha constatación surge el interés por analizar no solo dichos autos sino, más allá, cómo los tribunales españoles han aplicado el concepto de residencia habitual en materia de crisis matrimoniales en el ámbito de la Unión Europea (en adelante, UE), con el Reglamento 2019/1111 (también llamado *Bruselas II-ter*), aplicable desde el 1 de agosto de 2022⁸ y especialmente, dado que la inmensa mayoría de sentencias hasta la fecha de entrega de esta contribución, si no todas, corresponderán a este, con el Reglamento 2201/2003 (o *Bruselas II-bis*)⁹, reemplazado por aquel. Igualmente, interesa analizar cómo han interpretado y aplicado nuestros tribunales los respectivos ámbitos de aplicación de estos instrumentos, la primacía de los Reglamentos de la UE en esta materia, el concepto autónomo de “residencia habitual” o la alternatividad de los foros que aquellos contienen, entre otras.

5. Con este fin, parece conveniente presentar en primer lugar cuál es el marco normativo aplicable y cuáles son los criterios de interpretación que ya ha proporcionado el TJUE con sus resoluciones respecto a estos extremos y, en especial, respecto al concepto autónomo de “residencia habitual” en materia de crisis matrimoniales¹⁰, recordando que su jurisprudencia, referida al Reglamento 2201/2003, sigue siendo de aplicación tras la entrada en vigor del Reglamento 2019/1111. Y todo ello para, en un segundo lugar, analizar cómo la jurisprudencia nacional ha aplicado, con errores y aciertos, dichas normas de competencia judicial, centrándonos en el análisis del auto de la AP de Santander de 4 de mayo de 2022 y el auto de origen que motivaron la presente contribución.

1. El ámbito de aplicación de los Reglamentos (UE) 2201/2003 y 2019/1111 y la operatividad de la ley interna: una referencia necesaria dados los frecuentes errores en su interpretación por los tribunales españoles

6. Comenzaremos recordando el ámbito de aplicación de estos instrumentos dado que, al hacer un recorrido por la jurisprudencia nacional más relevante al respecto, se ha apreciado que nuestros tribunales no siempre han interpretado adecuadamente dicho ámbito de aplicación de los Reglamentos 2201/2003 y 2019/1111¹¹. A continuación se exponen algunos ejemplos que lo demuestran.

una lectura al título o al artículo 8 que se cita para comprobar que no se refiere a normas de competencia judicial internacional.

⁸ *Vid.*, art 105: El presente Reglamento se aplicará a partir del 1 de agosto de 2022, a excepción de los artículos 92, 93 y 103, que serán de aplicación a partir del 22 de julio de 2019. Nótese que, aunque nos referimos a ambos Reglamentos en toda la contribución, al haberse comenzado a aplicar el Reglamento 2019/1111 a las acciones judiciales emprendidas desde el 1 de agosto del presente año, las sentencias comentadas se referirán al 2201/2003, salvedad del auto AP Santander de 4 de mayo de 2022 en el que, erróneamente, se aplica el Reglamento 2019/1111

⁹ Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000. DOUE n°338, de 23 de diciembre de 2003.

¹⁰ Se contemplarán las sentencias del TJUE relativas a los ámbitos de aplicación del Reglamento y de sus normas en materia de competencia judicial internacional, no así las relativas al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales sobre divorcio.

¹¹ Esta impresión personal es compartida por otros autores. Entre otros muchos, E. CASTELLANOS RUIZ se cuestiona si los jueces españoles son conscientes de cuándo son competentes para conocer en las crisis matrimoniales internacionales teniendo en cuenta los numerosos errores que cometen al aplicar los foros correspondientes en esta materia. *Vid.*, E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales en el derecho de familia internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 18-19. Por su parte, M. J. SÁNCHEZ CANO afirma lo siguiente: “A pesar de haber transcurrido casi diecisiete años desde su entrada en vigor, no deja de sorprender que los operadores jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, incluidos los españoles, sigan

7. Entre otros muchos, el AAP de Santander de 4 de mayo de 2022, al que se dedica un epígrafe específico, yerra en el ámbito de aplicación temporal, aplicando en mayo de 2022 el Reglamento 2019/1111, probablemente por la confusión entre la fecha de entrada en vigor del instrumento y la establecida para su aplicación. También se observan dudas a la hora de aplicar este instrumento en divorcios entre personas nacionales de Estados terceros que tienen no obstante su residencia habitual en la UE; por ejemplo, en el caso de dos cónyuges de nacionalidad ecuatoriana con residencia habitual en España, el AAP Barcelona, de 13 de abril de 2007¹² determina que si bien su nacionalidad no impide que puedan solicitar la disolución del vínculo conyugal ante los tribunales españoles, “la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer la demanda de divorcio (...) deriva de la aplicación de los preceptos citados de la Ley Orgánica del Poder Judicial (...)”, añadiendo una coetilla final con alusiones al Reglamento: “Finalmente también es de mencionar el Reglamento 2201/2003 (...) que en su artículo 3.1 atribuye competencia para resolver las cuestiones relativas al divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio, en forma alternativa, a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro, en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges”, evitando así decantarse por la norma que en efecto determina la competencia.

8. Otro error claro es el del AAP Madrid de 1 de junio de 2011¹³. En este caso, la esposa, de nacionalidad chilena y con residencia habitual en España desde hacía más de un año, solicita el divorcio ante los tribunales españoles de su cónyuge, de nacionalidad chilena y residencia habitual en Chile, y, la Audiencia, reiterando el fallo del órgano de origen, se considera incompetente aplicando la LOPJ y afirmando lo siguiente respecto del Reglamento 2201/2003 en una interpretación errónea de su ámbito de aplicación: “No es dable la aplicación postulada del Reglamento (C.E.) número 2201/2003 (...) porque (...) no se ejercita acción en reconocimiento y ejecución de sentencia de divorcio dictada por país extranjero, sino que se pretende la declaración de divorcio y sanción judicial *ex novo* de convenio regulador de los efectos de la crisis matrimonial suscrito por ambos litigantes” y porque “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 estos 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”¹⁴. En este caso, la nacionalidad de los cónyuges de un tercer Estado y el domicilio del demandado en Chile, no suponen obstáculo alguno para aplicar el Reglamento, porque basta con que alguno de los foros del mismo conceda la competencia a algún juez comunitario para que las normas internas que aplica el Auto en cuestión no se apliquen. Por ello, en realidad eran competentes los tribunales españoles dado que la demandante llevaba más de un año inmediatamente anterior a la presentación de la demanda residiendo en España, donde tenía su residencia habitual (ex artículo 3 del Reglamento).

9. También, más recientemente, yerra el auto de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Arenys de Mar, de 9 de marzo de 2015, determinando la incompetencia de los tribunales españoles aplicando el artículo 22 de la LOPJ a un divorcio entre dos rusos, residiendo ella habitualmente en España, error que fue corregido por la AP de Barcelona en el auto de 5 de septiembre de 2018¹⁵.

10. En otros casos se determina la competencia judicial internacional en base a la ley interna cuando pese a haber un elemento internacional (a saber, la última residencia habitual común), ambos cónyuges y sus hijos son nacionales españoles¹⁶ o se hacen referencias al concepto español de “resi-

ignorando, no sólo el sistema de foros, sino, lo que es más grave, cuál es el ámbito de aplicación personal del Reglamento (CE) nº2201/2003 (...). Vid., 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 Murcia 11 febrero 2021”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, nº1, marzo 2022, pp. 904-914, p. 905.

¹² AAP Barcelona, de 13 de abril de 2007, nº 124/2007 [ECLI:ES:APB:2007:1720A], FD 1.

¹³ AAP Madrid de 1 de junio de 2011, nº 645/2011, [ECLI:ES:APM:2011:7784A]

¹⁴ Cursiva nuestra. Vid., FD 2, 2-4º párrafos.

¹⁵ AAP Barcelona, de 5 septiembre 2018, nº 487/2018, [ECLI:ES:APB:2018:4574ª], FD 1, primer párrafo.

¹⁶ Vid., M. CASADO ABAQUERO, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, Nº 2, 2021, pp. 704-713, p. 706, nota 3, citando a A. QUIÑONES ESCÁMEZ,

“residencia habitual” a pesar del carácter autónomo de dicho concepto en los Reglamentos europeos, como veremos más adelante.

11. A tenor de los no infrecuentes errores en la aplicación del Reglamento europeo a las crisis matrimoniales transfronterizas, hacemos a continuación una breve referencia al ámbito de aplicación de estos instrumentos jurídicos comunitarios, que introducen en los Estados miembros normas uniformes sobre competencia judicial internacional en crisis matrimoniales¹⁷, que nos ocupan en esta contribución, y en responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, incluyendo también la regulación sobre el reconocimiento de resoluciones judiciales en dichas materias, como sus nombres indican.

12. Respecto al Reglamento 2019/1111, actualmente en vigor y aplicable desde el 1 de agosto¹⁸, su ámbito de aplicación material se concreta en el artículo 1, que dispone que este se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que conozca del asunto, a las materias civiles relativas a: a) al divorcio, a la separación judicial y la nulidad matrimonial; y b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. Centrándonos en las primeras, que son las que nos ocupan en esta contribución, el Considerando 9 precisa que solo se aplica a la disolución del matrimonio pero que no se ocupa de problemas tales como las causas de divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras posibles medidas accesorias. Esta delimitación en negativo del ámbito de aplicación material se completa con la lista contenida en el artículo 1.4¹⁹.

13. El ámbito de aplicación material del Reglamento 2201/2003 es esencialmente el mismo, con la regulación contenida en artículo 1.1, precisión en el Considerando 8 y lista que excluye materias en el artículo 1.3. Respecto del ámbito de aplicación material, no se han suscitado grandes dudas, si bien se han planteado algunas cuestiones prejudiciales al TJUE en relación a los divorcios privados²⁰ -que según el Tribunal de Luxemburgo quedarían excluidos del ámbito de aplicación material de este instrumento²¹- o a la nulidad matrimonial en caso de fallecimiento de un cónyuge²². En este último caso, se plantea una demanda interpuesta por la hija de un fallecido para anular su matrimonio con su segunda esposa considerando que su vínculo anterior no se había disuelto cuando se contrajo aquel. Se plantean varias cuestiones prejudiciales: 1) Si la acción ejercitada por un tercero -que no es cónyuge- entra dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 2201/2003, a lo que el TJUE contesta que sí²³. 2) Si dicha

“¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II bis? El TJUE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 30, 2008, pp. 457-482.

¹⁷ Nótese que nos centramos en esta contribución en la residencia habitual en las crisis matrimoniales, no respecto de la responsabilidad parental, cuya lectura debe hacerse en una clave distinta.

¹⁸ En esencia, el ámbito de aplicación material y personal de ambos reglamentos en materia matrimonial no ha variado, salvo por la referencia ya omitida al “domicile” de Irlanda -que en el nuevo texto se recoge en art. 2.3 de forma genérica- y la reagrupación de los artículos 6 y 7 en el 6 del nuevo Reglamento, con contenido similar en lo que respecta a la competencia residual. El ámbito de aplicación temporal, lógicamente, sí difiere, siendo el primero de aplicación desde acciones judiciales ejercitadas desde el 1 de marzo de 2005 (artículo 64.1) y hasta el 31 de julio de 2022.

¹⁹ 4. *El presente Reglamento no se aplica: a) a la determinación y a la impugnación de la filiación; b) a las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, ni a la anulación y revocación de la adopción; c) al nombre y apellidos del menor; d) a la emancipación; e) a las obligaciones de alimentos; f) a los fideicomisos y las sucesiones; g) a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones del Derecho penal cometidas por los menores.*

²⁰ Aquellos que tienen lugar mediante la declaración unilateral de un cónyuge o mediante contrato de divorcio. Vid., respecto a dicha cuestión prejudicial, M.J. CASTELLANOS RUIZ, “El TJUE y el Reglamento Bruselas II-bis: litigios sobre divorcio”, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (coord.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho internacional privado*, Aranzadi, 2021, pp. 217-247, en especial, pp. 228-230.

²¹ Vid., STJUE 20 diciembre 2017, C-372/16, *Sayouni c. Mamisch* [ECLI:EU:C:2017:988]. Aunque la cuestión prejudicial se refería al ámbito de aplicación del Reglamento 1259/2010, *Roma III*, en materia de ley aplicable al divorcio, el TJUE recurre a conceptos del Reglamento 2201/2003, dado que los ámbitos de aplicación material de ambos instrumentos en relación al divorcio deben ser coherentes. Vid., Considerando 10 del Reglamento 1259/2010 y apartado 40 de la STJUE.

²² STJUE 13 octubre 2016, C-294/12, *Mikolajczyk* [ECLI:EU:C:2016:772].

²³ *Íbidem*, apartado 37. Cuestión distinta es si se reconocerá la legitimación activa a la demandante en la ley sustantiva, *lex causae*, aplicable al caso. Vid., M.J. CASTELLANOS RUIZ, “El TJUE...”, p. 231.

tercera puede emplear los foros del artículo 3 pensados para el demandante, a lo que el TJUE contesta que no, dado que están pensados para proteger al cónyuge demandante, pero sí podría hacer uso de otros foros como el del domicilio del demandado²⁴.

14. Por su parte, en cuanto al ámbito territorial, el Reglamento se aplica en todos los Estados de la UE excepto en Dinamarca (Irlanda sí manifestó su deseo de participar, *opting in*). El 2201/2003 tiene idéntico ámbito de aplicación territorial (recordando obviamente que cuando se adoptó y hasta su salida de la UE Reino Unido también formaba parte del mismo). El temporal determina que su fecha de entrada en vigor es el 19 de febrero de 2019 pero no se aplica hasta el 1 de agosto de 2022, fecha hasta la cual se ha seguido aplicando el Reglamento 2201/2003. Este, por su parte, entró en vigor el 1 de agosto de 2004, comenzando a aplicarse el 1 de marzo de 2005 (artículo 72), por lo que las acciones judiciales a partir de esa fecha estaban sometidas al Reglamento 2201/2003. Ninguno de estos dos ámbitos ha suscitado cuestiones prejudiciales, lo cual no significa, como veremos, que se hayan aplicado siempre de forma correcta por nuestros tribunales.

15. Por último, el ámbito de aplicación personal en relación a las crisis matrimoniales²⁵, que se deduce del artículo 6 (con el 2201/2003, los artículos 6 y 7, de contenido similar), no limita su aplicación por la nacionalidad de las partes²⁶ ni, como en el caso del Reglamento 1215/2012 (artículo 4), limita su aplicación a que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro. Si con las normas del Reglamento no puede determinarse la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, entonces se aplicarán las normas internas de competencia judicial internacional que, en caso de España, están contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ)²⁷.

16. Ahora bien, existe una importante limitación a la aplicación de las normas internas en materia de crisis matrimoniales, redactada de forma algo confusa, y es que –acudiendo a la nueva redacción del Reglamento 2019/1111 que aglutina esencialmente el mismo contenido en un solo artículo 6-: “Un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o sea nacional de un Estado miembro, solo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5.” Y “3. Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro”.

17. Esto es, en palabras del TJUE en el asunto *Sundenlind Lopez*²⁸, “cuando el demandado no tiene su residencia habitual en un Estado miembro y no es nacional de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no pueden fundar su competencia en su Derecho nacional para

²⁴ Vid., STJUE 13 octubre 2016, C-294/12, *Mikolajczyk* [ECLI:EU:C:2016:772], apartado 51.

²⁵ El artículo 14 en ambos textos regula la competencia residual en materia de responsabilidad parental que no nos ocupa en esta contribución.

²⁶ Los foros previstos en los artículos 3 a 5 serán aplicables en los supuestos en que uno de los cónyuges tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o sea nacional de uno de ellos (o, en el caso de Irlanda para el Reglamento 2201/2003, solo, tenga su «domicile» en territorio irlandés –redacción del Reglamento 2201/2003, que contempla el “domicile”-).

²⁷ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, texto consolidado, modificada en lo que respecta a su título primero del libro primero, “De la extensión y límites de la jurisdicción” por la Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio.

²⁸ STJUE 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López*, C-68/07, [ECLI:EU:C:2007:740]. No abordamos en detalle la sentencia puesto que ya hay magníficos comentarios que lo hacen. Sobre la misma y su análisis de las normas de competencia residual, vid., M.J. CASTELLANOS RUIZ, “El TJUE...”, pp. 220-227 y bibliografía allí citada. A. BORRÁS, “Exclusive” and “Residual” Grounds of Jurisdiction on Divorce in The Brussels II bis Regulation (zuEuGH, 29.11.2007 –Rs.C-68/07 –Sundelind Lopez/ Lopez Lizazo, unten S. 257, Nr.12)”, *IPraxis*, nº 3, 2008; R. ESPINOSA CALABUIG “El divorcio internacional en la Unión europea: problemas de coherencia y coordinación normativa”, *Revista boliviana de Derecho*, nº 22, 2016, pp. 208-233; J. A. GARCÍA LÓPEZ, “Repercusiones de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el asunto ‘Sundelind López’: ámbito de aplicación espacial a las normas de competencia judicial internacional de la Unión Europea en materia de separación y divorcio”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IX, 2009, pp. 307-325.

resolver dicha demanda si los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro son competentes con arreglo al artículo 3²⁹ del Reglamento. También lo ha recordado recientemente el TJUE en la sentencia de 1 de agosto de 2022 cuando, siendo el demandado nacional de Portugal, Estado miembro, y teniendo en cuenta el contenido de dicho artículo 6, determina que no pueden aplicarse las normas de la LOPJ para determinar la competencia para conocer del divorcio entre dos cónyuges cuya residencia habitual está en Togo teniendo la parte actora nacionalidad española y la demandada portuguesa, no pudiendo por tanto el cónyuge portugués ser demandado en España de acuerdo a las normas internas en virtud de las normas de competencia residual del Reglamento. Podría haberse planteado la demanda de divorcio en Portugal, como dice el TJUE³⁰, ya que dicha imposibilidad no obsta para que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que es nacional sean competentes para conocer de tal pretensión con arreglo a las reglas nacionales sobre competencia de ese mismo Estado miembro.

18. Por tanto, un tribunal nacional de un Estado miembro podrá aplicar las normas internas frente a demandados nacionales de su propio Estado³¹ o frente a quienes ni residen ni tengan la nacionalidad de un Estado miembro³², y ello siempre que ninguna disposición del Reglamento 2201/2003 (o ahora, del 2019/1111) conceda la competencia a ninguna autoridad de otro Estado miembro³³. Este sería por ejemplo el caso de un divorcio entre un español y una argelina cuya residencia habitual común está en Tánger y en el que, ante los problemas conyugales, él decide trasladar su residencia habitual a España de nuevo, solicitando inmediatamente el divorcio ante los tribunales españoles. En este caso, dado que ningún foro del Reglamento otorga la competencia a los tribunales españoles³⁴ ni a ninguna otra autoridad de otro Estado miembro, y dado que la demandada es de nacionalidad argelina y tiene su residencia habitual en Tánger, procedería aplicar las normas internas, esto es, la LOPJ. No podría aplicarse en caso de que ella tuviese la residencia habitual en Francia, por ejemplo, en cuyo caso y con independencia de la nacionalidad, no podría aplicarse la LOPJ porque podrían ser competentes los tribunales franceses y no entrarían en juego las normas de competencia interna.

2. Las normas que regulan la competencia judicial internacional en la materia en los Reglamentos europeos

19. Como ya se apuntó, en ambos reglamentos los foros de competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales tienen esencialmente la misma redacción, sin que haya cambiado nada sustancial excepto por la referencia al “domicile” en el caso de Reino Unido e Irlanda que se hacía en el artículo 3 del Reglamento 2201/2003 y que ya se ha eliminado del mismo, pasando a formar parte de las definiciones del artículo 2.3.

²⁹ STJUE 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López*, C-68/07, [ECLI:EU:C:2007:740], apartado 28.

³⁰ STJUE 1 de agosto de 2022, asunto C-501/20 [ECLI:EU:C:2022:619], apartado 117 3) del fallo.

³¹ Esto es, la exclusión de la competencia en base al Derecho interno no significa que el cónyuge que solicita la disolución del matrimonio se vea privado de la posibilidad de presentar su pretensión ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que es nacional el demandado si los artículos 3 a 5 no designan otro foro. En efecto, en tal caso, el Reglamento no obsta para que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que es nacional el demandado sean competentes para conocer de la pretensión de disolución del matrimonio, con arreglo a las reglas nacionales sobre competencia de dicho Estado miembro. Así lo recoge el mismo TJUE en el apartado 87 de la STJUE de 1 de agosto de 2022, *op.cit.*

³² Habida cuenta del carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos 3 a 5, un demandado que tenga su residencia habitual en un Estado miembro o sea nacional de un Estado miembro solo puede ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de dichos artículos, lo que, por tanto, excluye la aplicación de las normas de competencia establecidas en el Derecho nacional (vid., entre otras, STJUE de 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López*, C-68/07, [ECLI:EU:C:2007:740], apartado 22; también, STJUE de 1 agosto 2022, *op.cit.*, apartados 84, 85).

³³ Lo explica con loable claridad J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Crisis matrimoniales y la reforma de las reglas domésticas españolas”, *Revista Jurídica Digital UANDES* 2/2 (2018), 17 pp., disponible en: <http://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/50> [Consulta: 20/10/2022].

³⁴ Los foros del artículo 3 se encuentran detallados en el próximo epígrafe, segundo párrafo.

20. Los foros de competencia se recogen en el Reglamento 2019/1111 en los artículos 3 al 6³⁵. El primero de ellos dedicado a la competencia general, el artículo 4 relativo a la competencia en caso de demanda reconvenional, el 5 dedicado a la determinación de competencia en caso de conversión de la separación judicial en divorcio y, por último, el artículo 6, que recoge la competencia residual y recuerda el carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos precedentes (3,4 y 5)³⁶.

21. El artículo 3 del Reglamento, que regula la competencia general y en el que nos centraremos, establece una serie de *foros alternativos*, esto es, sin ninguna jerarquía entre ellos³⁷: basta con que, habiéndose presentado una demanda ante los tribunales españoles, concorra uno cualquiera de los criterios de conexión de los siete foros de competencia judicial internacional, para que los tribunales españoles sean competentes. Así, según dicho artículo, en los asuntos relativos al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: a) *en cuyo territorio se encuentre: i) la residencia habitual de los cónyuges; ii) el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí; iii) la residencia habitual del demandado; iv) en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges; v) la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda; vi) 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; b) de la nacionalidad de ambos cónyuges.*

22. Vemos que el Reglamento establece normas flexibles para tener en cuenta la movilidad de las personas y proteger igualmente los derechos del cónyuge que haya abandonado el país de la residencia habitual común a la vez que garantiza que exista un vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia, esto es, la proximidad del caso y el tribunal competente³⁸. Este carácter alternativo lo recuerda también la jurisprudencia del TJUE, entre otras en las SSTJUE de 25 de noviembre de 2021, de 13 de octubre de 2016, *Mikołajczyk*, de 16 de julio de 2009, *Hadadi*³⁹ y de 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López*⁴⁰.

³⁵ Si bien en el 2201/2003 hay un artículo añadido, el 7, en realidad el contenido es el mismo pues se ha agrupado y reorganizado el contenido de los artículos 6 y 7 en uno solo, el actual artículo 6 dedicado a la competencia residual.

³⁶ Según este artículo 6: “1. Con sujeción al apartado 2, si de los artículos 3, 4 o 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado. 2. Un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o sea nacional de un Estado miembro, solo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5. 3. Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro”. Volveremos sobre la aplicación de este artículo más adelante.

³⁷ Y esto así para que, en palabras del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), exista una normativa *adaptada a las necesidades específicas* de los conflictos en materia de disolución del matrimonio. STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, [ECLI:EU:C:2021:955], apartado 32.

³⁸ STJUE 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López*, C-68/07, [ECLI:EU:C:2007:740], apartado 26.

³⁹ En ese asunto se añade además una interesante cuestión sobre si, teniendo ambos cónyuges la nacionalidad de Estado del tribunal que conoce del litigio y la de otro Estado miembro, el tribunal que conoce debe dar preferencia a la nacionalidad del Estado al que pertenece. El TJUE lo niega, afirmando que los tribunales de ambos Estados podrían ser competentes, añadiendo además que no prevalece ningún foro del artículo 3 sobre los restantes, en concreto que el criterio de la residencia habitual no prevalece sobre el de la nacionalidad. Vid., STJUE de 16 de julio de 2009, *Hadadi*, C-168/08, [ECLI:EU:C:2009:474], apartado 41.

⁴⁰ SSTJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, [ECLI:EU:C:2021:955], apartado 32 y de 13 de octubre de 2016, *Mikołajczyk*, C-294/15, [ECLI:EU:C:2016:772], apartado 40; de 16 de julio de 2009, *Hadadi*, C-168/08, [ECLI:EU:C:2009:474], apartado 48; y de 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López*, C-68/07, [ECLI:EU:C:2007:740], apartado 26. Resulta llamativo que en la redacción de esta última sentencia, tanto en castellano como en francés e inglés, se diga que el Reglamento 2201/2003 “tiene por objeto establecer normas de conflicto uniformes en materia de divorcio”, cuando se trata de un Reglamento que contiene normas de competencia judicial internacional y no de conflicto, del sector de ley aplicable. M. J. SÁNCHEZ CANO, “Divorcio en España...”, op.cit., p. 911, pº 20, achaca este error al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cieza (Murcia) que, no obstante, en nuestra opinión, probablemente copió el texto de la resolución del TJUE al referirse al Reglamento en cuestión.

23. El artículo 3 (de ambos reglamentos) contiene pues, como vemos, una serie de foros alternativos que giran, en su inmensa mayoría, respecto de la noción de “residencia habitual”⁴¹, concepto propio del Reglamento que, no obstante, no se delimita ni se define en el texto normativo. Como puede suponerse, su concreción es clave para poder aplicar las normas del Reglamento y determinar pues la competencia ante los casos de separación judicial, divorcio y nulidad matrimonial, cuestión que en esta contribución nos ocupa. Por último, debemos reseñar que no se incorporan foros de sumisión expresa o tácita, y, a pesar de que ha sido una cuestión discutida por el legislador europeo, la versión actualmente vigente del texto no contempla la prórroga de competencia en materia de crisis matrimoniales, ni siquiera en los divorcios de común acuerdo⁴².

24. A continuación, y antes de analizar los criterios del TJUE en la interpretación de este artículo 3 y, en concreto, de la “residencia habitual”, haremos una breve referencia a las normas de producción interna en la materia.

3. Las normas que regulan la competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales en la ley interna

25. Además de los foros contenidos en el artículo 3, el Reglamento prevé la aplicación residual de las normas de producción internas. En materia matrimonial⁴³, esa competencia residual del tribunal del Estado miembro ante el que se haya presentado la demanda queda excluida, como se explicó ampliamente *supra*, a propósito del ámbito de aplicación personal del Reglamento, cuando el demandado es nacional o residente habitual de otro Estado miembro o son competentes en virtud del Reglamento autoridades de otro Estado miembro. En caso de que sí se aplique la ley interna, nos remitimos a la LOPJ, artículos 22 y ss. Todo ello, unido a que la práctica totalidad de foros de la ley interna reproducen los del texto europeo, hace que el alcance de aplicación práctica de aquella sea muy limitado.

26. Sintetizando, además de la regla general de competencia basada en el domicilio del demandado (art. 22 *ter*)⁴⁴, el art. 22 *quáter* c)⁴⁵, en una redacción muy criticada, prevé la determinación de la competencia en materia de “relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones”, “siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia”⁴⁶, con foros prácticamente idénticos a los del Reglamento, por lo que no serán aplicables.

⁴¹ El criterio de la nacionalidad no es objeto de análisis en este estudio, si bien presenta cuestiones interesantes. Vid., recientemente, A. DURÁN AYAGO, “¿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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2022, Vol. 14, Nº 2, pp. 1069-1074.

⁴² Más información sobre las iniciativas legislativas europeas y del GEDIP en: L.F. CARRILLO POZO, “Competencia judicial internacional en supuestos de divorcio de mutuo acuerdo: Auto de la AP de Alicante (Sección 4ª) núm. 331/2020 de 22 de diciembre”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2022), vol. 14, nº1, pp. 673-683, p. 676.

⁴³ Porque la solución no es la misma en materia de responsabilidad parental, vid., STJUE de 1 de agosto de 2022, op.cit., apartados 79 y ss, especialmente 88-96.

⁴⁴ Aunque de la redacción del 22 *ter* se puede inferir alternatividad con los foros especiales del 22 *quáter* (cuando el demandado tenga su domicilio en España “o” se determine así por alguno de los foros siguientes), la redacción del 22 *quáter* incluyendo “...en defecto de los criterios anteriores”, puede hacer dudar de dicho carácter.

⁴⁵ Según el artículo 22 *quáter* c): “En materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española”.

⁴⁶ Como indican C. ESPLUGUES MOTA Y G. PALAO MORENO esta exigencia, fuera del marco del artículo de competencia residual del Reglamento UE, es inviable, porque “siempre habrá algún tribunal competente fuera de España, independientemente de la vinculación que pueda presentar con el litigio planteado”. En: *Derecho internacional privado*, 15ª ed., Tirant lo Blanch, p. 503. Esto nos lleva a deducir que se refiere el legislador a ningún tribunal competente de la UE, aunque la referencia, por la primacía de las fuentes europeas y la regulación misma de la competencia residual en el Reglamento, sea innecesaria.

27. Por otra parte, respecto de la sumisión, tras la reforma de la LOPJ en 2015⁴⁷, la nueva redacción del artículo 22 *bis*, queda como sigue: “1. En aquellas materias en que una norma expresamente lo permita, los Tribunales españoles serán competentes cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos. No surtirán efectos los acuerdos que atribuyan la competencia a los Tribunales españoles ni las estipulaciones similares incluidas en un contrato si son contrarios a lo establecido en los artículos 22 *quáter*, 22 *quinquies*, 22 *sexies* y 22 *septies*, o si excluyen la competencia de los órganos judiciales españoles exclusivamente competentes conforme lo establecido en el artículo 22, en cuyo caso se estará a lo establecido en dichos preceptos”. En el apartado 3, se añade: “3. Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones, serán competentes los Tribunales españoles cuando comparezca ante ellos el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia”.

28. Esta confusa redacción ha dado lugar a numerosos comentarios e interpretaciones, todos ellos de acuerdo en las deficiencias que presenta. Algunos autores consideran que, de una interpretación conjunta y literal del art. 22 *bis* y 22 *quáter*, no cabría el recurso al foro de sumisión en esta materia⁴⁸ -que entendemos posible con anterioridad a la reforma de la LOPJ-, ya que ahora, en el primer inciso del 22 *bis*, se condiciona a “aquellas materias en que una norma expresamente lo permita” y en el artículo 22 *quáter*, a diferencia por ejemplo de la redacción del 22 *quinquies*, solo se contempla en relación a la materia sucesoria⁴⁹. Y todo ello aun reconociendo la falta de justificación de esta limitación en, por ejemplo, divorcios sin hijos menores (y, más allá, en alimentos, por ejemplo). Esta postura respetaría de forma más clara la letra de la ley pero implica asumir varios sinsentidos e interrogantes: el primero, ¿por qué se limita la autonomía de la voluntad en materias clara y tradicionalmente disponibles y teniendo además en cuenta la tendencia, en el marco de la Unión Europea, a ampliar la autonomía de la voluntad de las partes, también en Derecho de familia? ¿Por qué se reforma la LOPJ para dejar sin aplicación por completo la misma -en varias materias, en concreto, en esta- al negar la posibilidad de sumisión que era la única opción que quedaba, ya que el 22 *quáter* c) al contener los mismos foros que el Reglamento, ya no se aplica en esta materia? Por último, la sumisión tácita puede generar mayores dudas y suscitar un “absurdo” adicional, porque, si bien de una lectura e interpretación *literal* del precepto 22 *bis* parece excluirse por el mismo motivo, la lectura combinada de los apartados 1 y 3 podría llevar a confusión⁵⁰, no limitándose en este a ninguna materia específica. Y esto, admitir la tácita⁵¹ y negar la expresa, sin garantizar cautelas específicas como por ejemplo ocurre en materia de consumo, no tiene ninguna lógica.

⁴⁷ Que convierte un genérico 22.3 LOPJ en una serie de normas por materias, dedicando el 22 *quáter* c) a las crisis matrimoniales, entre otras y condiciona en el actual artículo 22 *bis* la sumisión expresa a materias “en que una norma expresamente lo permita”.

⁴⁸ De crisis matrimoniales. En el mismo sentido, incluyendo sumisión expresa y tácita, vid. C. ESPLUGUES MOTA Y G. PALAO MORENO, *Derecho...*, op.cit., p. 505; J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Crisis matrimoniales...”, op.cit., p. ; también: J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 12ª edición, Aranzadi, p. 483.

⁴⁹ “La problemática se trata de solventar con la referencia a un condicionante implícito basado en un criterio de proximidad, siempre que se trate de un procedimiento de jurisdicción contenciosa en el que haya partes que puedan disponer libremente de sus derechos para llegar a un acuerdo”. Vid., B. CAMPUZANO DIAZ, “La *derogatio fori* en la Ley orgánica del Poder Judicial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70/1, enero-junio 2018, Madrid, pp. 155-179, pp. 168-169, nota 63, citando a J.M. ESPINAR VICENTE Y J.I. PAREDES PÉREZ, J. I., op. cit., nota 58, pp. 235-236, y A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, que señalan concretamente que en base a estos requisitos sí quedarían fuera del ámbito de la sumisión los litigios sobre el estado jurídico de menores, cuestiones vinculadas a la identidad y capacidad de las personas, filiación, y procesos en los que concurren intereses públicos o relativos al funcionamiento de los servicios públicos, en: *Derecho internacional privado*, vol. I, 16.ª ed., Granada, Comares, 2016, p. 359.

⁵⁰ Y ello porque de entenderse la sumisión tácita limitada a materias en que expresamente se permita, el apartado 3 sería completamente innecesario. Textualmente dice así: “3. Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones, serán competentes los Tribunales españoles cuando comparezca ante ellos el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia”. Esta regla, en un apartado distinto, parece enunciar una regla general, para todos los supuestos, con independencia de que la competencia resulte de otras disposiciones; si el legislador quería limitarla a aquellas materias en que una norma expresamente lo permita, ¿para qué lo añade? ¿Solo para hacer la precisión de que la comparecencia para impugnar la competencia no se considera sumisión?

⁵¹ Que consideramos no se produciría en caso de incomparecencia del demandado.

29. Otros autores opinan de forma distinta y no descartan los acuerdos de sumisión en relación con las materias comprendidas en el art. 22 *quáter* LOPJ⁵², dado que: 1) Si con esa expresión se quiere remitir a una norma distinta de la misma LOPJ, al no existir aquella, esto llevaría a la conclusión carente de sentido de que no cabe la sumisión a los tribunales, por lo que no se puede interpretar de tal forma⁵³; 2) Si el objetivo de la LOPJ es determinar la competencia de nuestros tribunales, ¿para qué remitirse a otra norma para permitir o no la sumisión?⁵⁴; 3) A lo que ha querido referirse el legislador es a que la sumisión solo será posible en aquellas materias en las que no se excluya la misma o se condicione su ejercicio⁵⁵, esto es, por ejemplo, en materias como capacidad de las personas o la filiación donde no sería posible. En este sentido, argumenta B. CAMPUZANO DÍAZ⁵⁶ que, el hecho de en el Reglamento 2201/2003 -ni en el 2019/1111- no se contemplen los foros de sumisión, al obedecer a un criterio de política legislativa consistente en que la adopción de esta reforma no se vea afectada por el principio de unanimidad y no a que se consideren inadecuados los acuerdos de elección de foro en relación con esta materia, no excluiría que el divorcio y la separación judicial pudiesen quedar incluidos en el ámbito material de admisibilidad de los foros de sumisión⁵⁷. En este sentido, considerar que sí caben los acuerdos de sumisión en la LOPJ en materia matrimonial, se “saltaría” la literalidad del precepto pero llevaría a un resultado más coherente con el sistema, más lógico y operativo, dejando un limitado pero existente margen de aplicabilidad a la LOPJ en materia matrimonial.

30. En definitiva, la redacción de la reforma no ha sido afortunada en absoluto y es difícil cuadrar una interpretación combinada de dichos artículos sin ignorar totalmente⁵⁸ la literalidad del 22 *bis* en la que quepan acuerdos de sumisión expresa y tácita en materia de crisis matrimoniales, si bien el resultado de no hacerlo lleva a conclusiones a las que no se encuentra justificación, dado que, como comparte la inmensa mayoría de la doctrina, no se entiende esta limitación a la autonomía de la voluntad en materia de competencia en las crisis matrimoniales, más aún en casos de divorcios de mutuo acuerdo sin presencia de menores donde sería oportuno y deseable considerar ese margen de autonomía de la voluntad a los cónyuges⁵⁹. Si bien, afortunadamente, piénsese que la aplicación práctica de esta polémica

⁵² J. M. ESPINAR VICENTE y J. I. PAREDES PÉREZ, “Análisis y valoración crítica de la regulación de la sumisión a la jurisdicción española antes y después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 7/2015)”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XVI, 2016, pp. 199–247, p. 235-236, nota 58. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tratado de Derecho internacional privado”, tomo II, Tirant lo Blanch, 2020, p. 296. A. YBARRA BORES lo acepta como posible, manteniendo pues su aplicabilidad este foro frente al Reglamento. El autor añade también como operativo el “referido al demandante español con residencia habitual en España, “el cual no exige plazo alguno de residencia para presentar la demanda”, aunque desde el momento en que transcurrieran 6 meses (si el demandante es nacional español) o un año (si no lo fuera), dejaría de operar este criterio interno al pasar a estar cubierto el supuesto por el artículo 3 del reglamento”, lo cual parece hacer referencia a la versión previa de la LOPJ. Vid., A. YBARRA BORES, “Divorcios transfronterizos y competencia judicial internacional: la doctrina del tribunal supremo español”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 37, Diciembre 2021, pp. 273-313, p. 290.

⁵³ B. CAMPUZANO DÍAZ, “La derogatio fori...”, op.cit., p. 166.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ J. M. ESPINAR VICENTE y J. I. PAREDES PÉREZ, “Análisis ...”, op.cit., pp. 232-233; también en: J. M. ESPINAR VICENTE, “Los riesgos de la incorrecta adaptación de las normas de la Unión Europea. La sumisión de las partes a la jurisdicción española tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2015”, *La Ley, Unión Europea*, 30 de noviembre de 2015, nº31, pp. 1-6, p. 3.

⁵⁶ B. CAMPUZANO DÍAZ, “La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003: ¿se introducen mejoras en la regulación de la competencia judicial internacional?”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA, (dirs.), M. HERRANZ BALLESTEROS y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (coords.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 91-102.

⁵⁷ Y cita antecedentes jurisprudenciales en nuestro país en los que se han aceptado los acuerdos de sumisión en relación con esta materia en: A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, op. cit., p. 359, nota 26.

⁵⁸ Solución que propone F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, dado que, al resultar imposible imaginarse lo que realmente quiso decir el legislador con esa redacción que lleva al absurdo, lo más oportuno sería simplemente hacer una *interpretatio abrogans* de este apartado. En: “Prorogation of Jurisdiction”, en A. DICKINSON y E. LEIN (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, 2015, nota 55, p. 4.

⁵⁹ Según L. F. CARRILLO POZO, quien se posiciona a favor de considerar esa demanda de común acuerdo presentada en España a prórroga en favor de nuestros tribunales, “no tiene sentido negar ese margen de libertad cuando en realidad lo que se ha diseñado no difiere en lo básico de la jurisdicción voluntaria”. (p. 683). Vid., un estudio sobre la autonomía de la voluntad en la determinación de la competencia judicial internacional en materia matrimonial: L. F. CARRILLO POZO, “Competencia judicial internacional...”, op.cit., pp. 673-683.

será muy residual, con contados casos en los que 1) no aplique el Reglamento europeo o, aplicándose, se den las circunstancias en las que se permita el recurso a las normas internas (según las normas de competencia residual de aquél) y 3) se trate de un caso en el que haya sumisión. Ojalá el legislador tome pronto nota de este sinsentido y reformule dichos artículos.

31. Por tanto, y dado el limitadísimo ámbito de aplicación de las normas internas (que será nulo si no se admiten los acuerdos de sumisión, porque el juego de foros del artículo 22 *quáter*, que reproduce el Reglamento, ya no aporta soluciones distintas más allá de aquel), será clave el concepto de “residencia habitual” del Reglamento 2109/1111 para determinar la competencia judicial internacional ante la presentación de una demanda de divorcio, separación o nulidad ante tribunales españoles.

32. Así, se analizarán al respecto las contribuciones de la jurisprudencia del TJUE más relevante, en tanto que aquel es el intérprete de los textos europeos, y, por tanto, del concepto autónomo que consituye la “residencia habitual” en estos Reglamento respecto de las crisis matrimoniales⁶⁰. En segundo término, se pretende analizar críticamente cómo lo han aplicado los tribunales nacionales, con especial detenimiento en algunas resoluciones que se aprecian relevantes, tanto por sus aciertos como por sus errores.

II. La “residencia habitual” en el Reglamento 2019/1111 y en su precedente, el Reglamento 2201/2003, respecto de las crisis matrimoniales

33. La “residencia habitual”, criterio principal de este artículo 3, no se define en ningún momento en el texto normativo y es un concepto clave en la aplicación del mismo, como puede verse⁶¹. La doctrina considera, de forma bastante unánime, que el hecho de que no se delimite en la norma es un acto intencionado del legislador para que sean los tribunales los que puedan adaptarse al caso en cuestión, teniendo en cuenta el ámbito del que se trate, siendo distinta la precisión del concepto para Derecho contractual, de familia, de menores o en el ámbito sucesorio, por el tipo de intereses en juego⁶².

34. A falta de tal definición o de una remisión expresa al ordenamiento jurídico de los Estados miembros para determinar el sentido y el alcance de ese concepto, es preciso realizar una interpretación autónoma y uniforme, teniendo en cuenta el contexto de las disposiciones que lo mencionan y los objetivos del Reglamento, siendo su delimitación esencial para determinar la autoridad competente en los divorcios internacionales. Así lo ha recordado en numerosas ocasiones el TJUE; recientemente, en las SSTJUE de 25 de noviembre de 2021 y de 1 de agosto de 2022⁶³, con referencia aquí obligada a la

⁶⁰ Recordamos que la jurisprudencia del TJUE respecto del Reglamento 2201/2003 es aplicable respecto del Reglamento 2019/1111 en relación a los conceptos y normas que aquí nos ocupan.

⁶¹ *Vid.*, respecto de la importancia de la residencia habitual en los distintos instrumentos de Derecho internacional privado en materia de familia y sucesiones, K. HILBIG-LUGANI, “Habitual Residence in European Family Law: the Diversity, Coherence and Transparency of a Challenging Notion”, en: K. BOELE-WOELKI, N. DETHLOFF Y W. GEPHART (eds.), *Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2014, pp. 249 y ss.

⁶² Entre otros muchos, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2016, Vol. 8, Nº 1, p. 62; A. DAVI Y A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2013, Vol. 5, Nº 2, p. 30; L. PÉREZ ANDRÉS, “Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares en el Derecho europeo. Comentario de la sentencia de 24 de julio de 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2020, Vol. 12, Nº 1, pp. 657-672, p. 662.

⁶³ Así, *vid.*, STJUE de 25 de noviembre de 2021, *op.cit.*, pº. 39: “A falta de tal definición en el Reglamento nº 2201/2003 o de una remisión expresa al ordenamiento jurídico de los Estados miembros para determinar el sentido y el alcance de ese concepto, es preciso realizar una interpretación autónoma y uniforme, teniendo en cuenta el contexto de las disposiciones que lo mencionan y los objetivos de dicho Reglamento (véase, por analogía, en lo que respecta a la residencia habitual del menor, la sentencia de 28 de junio de 2018, HR, C-512/17, EU:C:2018:513, apartado 40 y jurisprudencia citada)”. También, *vid.*, STJUE de 1 de agosto de 2022, asunto C-501/20 [ECLI:EU:C:2022:619], pº 43. Recordamos que la jurisprudencia del TJUE referida al mismo concepto del Reglamento precedente al 2019/1111, que es el 2201/2003, es igualmente aplicable al actualmente vigente.

STJUE de 13 de octubre de 2016 (*Mikolajczyk*) : “44. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme que ha de buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de abril de 2009, A C-523/07 , EU:C:2009:225 , apartado 34, y de 16 de julio de 2009, Hadadi, C-168/08 , EU:C:2009:474 , apartado 38).”⁶⁴

35. Esta autonomía del concepto implica pues que no debe recurrirse para su interpretación al concepto nacional de “residencia habitual”. Así lo recuerda, entre otras, el TS español en una sentencia clave de 21 de noviembre de 2017⁶⁵, sobre la que volveremos más adelante.

36. Según el TJUE, a efectos de la interpretación del artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento 2201/2003 -que recordemos, aplica igual al Reglamento 2019/1111-procede considerar que el concepto de “residencia habitual” se caracteriza, en principio, por dos elementos, a saber, por una parte, *la voluntad del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado* y, por otra, *una presencia que reviste un grado suficiente de estabilidad* en el territorio del Estado miembro de que se trate⁶⁶, *y que un cónyuge no puede tener, en un momento dado, más que una residencia habitual*, en el sentido de dicha disposición⁶⁷.

37. Esto es, en la reciente y relevante sentencia de 25 de noviembre de 2021, *cit. supra*, el TJUE indica que un cónyuge puede tener simultáneamente varias residencias, pero solo una “residencia habitual”⁶⁸, debiendo verificarse en esta el elemento subjetivo, que es la voluntad de la persona en cuestión de fijar el centro de tales intereses en el territorio del Estado en cuestión y el elemento objetivo de que exista una presencia suficientemente estable en dicho territorio⁶⁹. En dicha sentencia, el cónyuge demandante, de nacionalidad francesa, trabajaba de lunes a viernes en Francia y su familia -esposa e hijos- residía en Irlanda, adonde aquel iba los períodos no laborables. El TJUE determinó que si bien su residencia habitual podía encontrarse perfectamente en Francia, donde había establecido el centro de intereses profesionales y el individuo tenía conexiones significativas, debería ser el tribunal ante el cual se presentó la demanda el que determinase su única “residencia habitual”, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso⁷⁰. En este sentido, se alinea con su jurisprudencia respecto del mismo concepto

⁶⁴ STJUE de 13 de octubre de 2016 (*Mikolajczyk*), as. C- 294/15, [ECLI:EU:C:2016:772], FD 44.

⁶⁵ STS 21 noviembre 2017, nº 4113/2017 [ECLI:ES:TS:2017:4113], FD Quinto, tercer párrafo: “(...) el concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis no remite a la noción que pueda resultar de la interpretación del domicilio con arreglo al Derecho interno”.

⁶⁶ STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, *op.cit.*, apartado 57.

⁶⁷ *Ibidem*, apartado 51. También, STS de 1 de agosto de 2022, C-501/20, *op.cit.*, apartado 44.

⁶⁸ Vid., respecto a la misma: I. ANTÓN JUÁREZ, “La residencia habitual del cónyuge en un divorcio transfronterizo: ¿una residencia habitual múltiple podría preservar la seguridad jurídica? A propósito de la STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20 IB c. FA.”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, nº1, 2022, pp. 578-590. También: L.A. PÉREZ MARTÍN, “Concreción de la residencia habitual de los cónyuges en las crisis matrimoniales europeas, episodio I: aún con vida entre varios Estados, solo hay una residencia habitual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, nº1, marzo 2022, pp. 422-443; J. SAGOT-DUVAUROUX, “Précisions sur la notion de résidence habituelle en matière de divorce”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2022, nº 2, pp. 193-200; A. SŁOWIK, “Determination of habitual residence of a spouse under Brussels II bis Regulation”, *Centre d’Études Juridiques Européennes (Actualités)*, nº 41/2021, disponible en: <https://www.ceje.ch/fr/actualites/cooperation-en-matiere-civile-et-en-matiere-penale/2021/12/determination-habitual-residence-spouse-under-brussels-ii-bis-regulation/?s=09> [Consulta: 10/11/2022].

⁶⁹ Al respecto de ambos elementos, y sobre esta sentencia, vid., C. FOSSATI, “La residenza abituale nei Regolamenti europei di Diritto internazionale privato della famiglia alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, nº 2, pp.

⁷⁰ Vid., apartados 59-61. Por su parte, el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial, el tribunal de grande instance de París, consideraba que, al menos seis meses antes de esa presentación de la demanda, IB (demandante) había establecido en Francia una residencia estable y permanente. En efecto, dicho órgano jurisdiccional consideró que los elementos de vinculación de IB con Francia no eran ocasionales o circunstanciales y que, al menos desde el mes de mayo de 2017, IB

en el Reglamento de sucesiones⁷¹. Algunos autores han criticado el hecho de que el TJUE en dicha sentencia no vaya más allá y ofrezca criterios más específicos para determinar la “residencia habitual” en materia de crisis matrimoniales -como ha hecho en relación a los menores-, dado que se limita a ofrecer los criterios generales válidos igualmente para todos los demás Reglamentos que emplean tal concepto⁷².

38. Sintetizando, para el TJUE la “residencia habitual” está donde la persona haya establecido su *centro habitual o permanente de intereses*, teniendo en cuenta todos los datos relevantes que puedan considerarse para determinar tal residencia⁷³. A estos efectos no es relevante que se trate de una residencia temporal o el tiempo exacto de permanencia en un determinado lugar. Lo significativo es que la persona tenga allí la mayor parte de sus relaciones sociales, que estas sean significativas⁷⁴, aunque sea por un período de tiempo. El TJUE precisa que el traslado por una persona de su residencia habitual a un Estado miembro refleja la voluntad de dicha persona de fijar en él, con la intención de conferirle un carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses y, aunque lleve poco tiempo viviendo allí, podría constituir su residencia habitual⁷⁵.

39. Veamos a continuación cómo la jurisprudencia nacional ha aplicado los foros del artículo 3, la previsión de competencia residual y, en concreto, este concepto propio de “residencia habitual” de la reglamentación europea.

III. Su aplicación reciente por la jurisprudencia nacional: crónica de aciertos y errores

40. La mayor parte de las sentencias españolas recientes en la materia, se han hecho eco adecuadamente de estos foros y de este concepto propio de residencia habitual del Reglamento UE, con más luces que sombras. Destacaremos en este apartado las aportaciones más relevantes desde una perspectiva crítica.

41. El *carácter autónomo* del concepto de “residencia habitual” en el texto europeo ha sido recogido por múltiples resoluciones nacionales, precisándose que no debe recurrirse al concepto interno

había fijado el centro de sus intereses profesionales en Francia. *Dicho esto, el órgano jurisdiccional remitente precisa asimismo que IB no había perdido su residencia en Irlanda, donde conservaba vínculos familiares y pasaba temporadas por razones personales con la misma regularidad que antes. Así, el referido órgano jurisdiccional considera que, de hecho, IB tenía dos residencias, a saber, una entre semana fijada por motivos profesionales en París y otra el resto del tiempo junto a su esposa y sus hijos en Irlanda.* Vid., apartado 36.

⁷¹ Vid., STJUE de 16 de julio de 2020, C-80/19, *E.E.*, [ECLI:EU:C:2020:569], apartado 45. Al respecto: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2016, vo. 8, n°1, pp. 47-75.

⁷² L.A. PÉREZ MARTÍN, “Concreción de la residencia...”, op.cit., p. 442, que lo califica de “aportación incompleta”, proponiendo como criterios cualificados deseables: la existencia de una vivienda familiar común que compartan ambos cónyuges, que en la misma residan los hijos comunes o uno de los cónyuges, la edad de los hijos y la dependencia de los padres, los períodos de estancia real, fáctica y efectiva de cada uno de los cónyuges en ella, los motivos de la estancia común o de su separación en determinados períodos, los intereses comunes personales de la pareja en el momento de la disolución de la misma, los intereses personales diferenciados de cada uno de los cónyuges, y por último, los asuntos patrimoniales que vinculan a ambos cónyuges para el sostenimiento común. También propone el autor otros criterios con menor valor interpretativo como la nacionalidad de los miembros de la familia o el idioma común que hablan, entre otros.

⁷³ Interpretación alineada con el Informe explicativo, preparado por A. BORRÁS, del Convenio sobre la Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia Matrimonial, Convenio «Bruselas II» (DO 1998, C 221), convenio que nunca llegó a entrar en vigor. El Informe en cuestión inspiró el texto del Reglamento n° 1347/2000 y también, en consecuencia, el n° 2201/2003, predecesor del n° 2019/1111. Vid., A. BORRÁS, Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 221/27, 16 julio 1998, punto 32, p. 27.

⁷⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Solo puede quedar una residencia habitual. La sentencia del TJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, IB vs. FA y el caso del cónyuge que compartía su vida entre Irlanda y Francia”, *Accursio Blog*, 30 enero 2022, disponible en: <http://accursio.com/blog/?p=1435#:~:text=Por%20tanto%2C%20a%20efectos%20del,del%20Derecho%20internacional%20privado%20europeo> [Consulta: 10/10/2022].

⁷⁵ Vid., en este sentido, la STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi*, C497/10 PPU, [ECLI:EU:C:2010:829], apartados 44 y 51.

de “residencia habitual”. Especialmente, destacamos a este respecto el AAP de Tarragona, de 10 de abril de 2015⁷⁶, el AAP Tarragona de 18 de mayo de 2018⁷⁷ y la STS de 21 de noviembre de 2017⁷⁸. Esta última será objeto de análisis más adelante dado que se centra específicamente en la determinación de la residencia habitual y sintetiza la caracterización de los foros de competencia judicial internacional del Reglamento en materia de crisis matrimoniales. También, muy recientemente, el auto de la AP Barcelona, de 22 de octubre de 2022⁷⁹, recogiendo el contenido de la STJUE de 1 de agosto de 2022, comentada *supra*, descarta la aplicación del artículo 40 del Código civil para determinar la residencia habitual porque se trata de un concepto autónomo.

42. Por su parte, el AAP de Tarragona, de 10 de abril de 2015, citando la STS nº 710/2015, de 16 de diciembre, recuerda también acertadamente el *carácter alternativo* de los foros contenidos en el artículo 3 del Reglamento 2201/2003, que son controlables de oficio: “basta con que concurra cualquiera de los foros de competencia judicial internacional previstos en el Reglamento para que los Tribunales españoles sean competentes”. Y, respecto de la residencia habitual, la define como un “vínculo real, objetivo, serio y efectivo con el territorio del Estado miembro”⁸⁰.

43. El auto de la AP Barcelona, de 5 septiembre 2018⁸¹, reconoce la *primacía de los foros del Reglamento* y da la razón a la recurrente, de nacionalidad rusa y residente habitual en España, revocando el auto apelado en el que se había aplicado la LOPJ para determinar la competencia judicial internacional, desestimándola dado que el demandado, nacional ruso también, a pesar de estar en rebeldía lo consideraba el juzgado residente en Rusia. No obstante, es error frecuente, como adelantamos al comienzo, a propósito del ámbito de aplicación del Reglamento europeo en la materia, que los tribunales españoles citen tanto el Reglamento como la LOPJ como fundamento a la competencia, confundiendo al lector sobre la norma que realmente se aplica, con las consecuencias tan importantes que eso conlleva. Así, además de las ya citadas, la SAP Girona de 24 de julio de 2019, afirma que se aplica el Reglamento 2201/2003 *en relación* a la LOPJ⁸² (¿?), y la sentencia de instancia, que la competencia está determinada por el Reglamento Bruselas II bis y, *por otro lado* (¿?)⁸³, por lo previsto en la LOPJ, expresiones ambas desafortunadas que denotan un desconocimiento de la primacía y suficiencia de las fuentes supraestatales de la UE que determinan la competencia judicial internacional en esta materia. Nos remitimos aquí a los errores judiciales en la interpretación del ámbito de aplicación de los Reglamentos europeos, expuestos *supra*, en el epígrafe I.

44. Recurre el AAP Barcelona, de 5 septiembre 2018 a la jurisprudencia del TJUE (SSTJUE 16 de julio de 2009, *Hadadi*, as. C 168/08 y de 13 de octubre de 2016, *Mikolajczyk*, asunto C 294/15 y de noviembre de 2007, *Sundelind López*, as. C 68/07) para recordar el *carácter alternativo de los foros del artículo 3* en materia de disolución del vínculo matrimonial, que no pretende excluir las competencias múltiples, y para precisar que tanto el apartado 1, letra a), quinto guión, como el apartado 1, letra a), sexto guión permiten la aplicación de la norma de competencia del *forum actoris*, regla que también es aplicable cuando ambos litigantes son extranjeros, si uno de ellos vive en España, como es el caso. De esta interpretación también se hacen eco acertadamente las siguientes resoluciones: SAP de Barcelona, de 20 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:13088), AAP de Barcelona, de 20 de octubre de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:7521A); y recalando que es *intrascendente la nacionalidad de los cónyuges*, las

⁷⁶ AAP Tarragona 10 de abril de 2015, nº 440/2015 [ECLI:ES:APT:2015:440].

⁷⁷ AAP Tarragona de 18 de mayo de 2018, nº 515/2018 [ECLI:ES:APT:2018:515A]: “ (...) el concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis no resulta identificable con la noción que pueda resultar de la interpretación del domicilio con arreglo al Derecho interno español”. Vid., FD 2, p. 3.

⁷⁸ STS 21 noviembre 2017, nº 4113/2017 [ECLI:ES:TS:2017:4113].

⁷⁹ AAP Barcelona de 22 octubre 2022, [ECLI:ES:APB:2022:1774A], FD 1, 2º párrafo.

⁸⁰ *Ibidem*, FD 2.

⁸¹ AAP de Barcelona, de 5 septiembre 2018, nº 487/2018, [ECLI:ES:APB:2018:4574A].

⁸² SAP de Girona 24 julio 2019, [ECLI:ES:APGI_2019_1064], FD 2.

⁸³ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº7 de Figueras, de 14 de diciembre de 2018 autos de divorcio contencioso 69/2016, citado por L.A. PÉREZ MARTÍN, “Trascendencia...”, *op.cit.*, p. 2, nota 2 y p.670, nota 70.

sentencias de la AP Barcelona de 31 de marzo de 2017 [ECLI:ES:APB:2017:10694], de 23 de julio de 2015 [ECLI:ES:APB:2015:8046] y el auto de 7 de marzo de 2018 [ECLI:ES:APB:2018:605A].

45. Por su parte, también la SAP Girona de 22 de abril de 2015, en materia de divorcio entre un nacional portugués -demandado- y una nacional hindú, reconoce la *primacía de los foros del Reglamento* frente a las normas internas y valora muy positivamente la flexibilidad que otorga la redacción del artículo 3 y el concepto no delimitado de “residencia habitual”, afirmando y recordando que permiten *foros flexibles, realistas y adaptados al alto grado de movilidad de los cónyuges producido tras una crisis matrimonial. Generan un nivel suficiente de proximidad entre el litigio y la jurisdicción seleccionada*⁸⁴. Igualmente, alineándose con la STS de noviembre de 2017, afirma que el concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis, “de acuerdo con su finalidad, atiende al lugar en el que el interesado ha fijado con carácter de estabilidad el centro permanente o habitual de sus intereses, por lo que lo relevante es identificar la residencia efectiva en el sentido del propio Reglamento, el *lugar del concreto y efectivo desarrollo de la vida personal y, eventualmente profesional*, de la persona”. En este caso, el tribunal considera que basta con que el volante de empadronamiento presentado no se haya impugnado en modo alguno para considerar que la persona tenía su residencia habitual en España⁸⁵.

46. A este respecto, convendría recordar que los tribunales españoles estimarán su competencia judicial internacional si hay un foro de Derecho europeo o español que se la reconozca con independencia de la actitud procesal de las partes, como lo recuerda nuestra propia jurisprudencia⁸⁶. En este sentido, si bien es cierto que es una cuestión controlable de oficio, en cualquier momento del procedimiento, y que es independiente de la actitud de las partes, no sería razonable exigir a los tribunales una investigación más allá de los datos que aportan aquellas si existen indicios, como este del empadronamiento, de residencia habitual en nuestro país, que además no son controvertidos. Y esto aun cuando el empadronamiento no es más que un principio de prueba y se estaría otorgando, en ausencia de más datos, fuerza de realidad sustancial al mero formalismo del empadronamiento.

47. En este sentido, la SAP de Palma de Mallorca de 20 diciembre 2016⁸⁷, considera que “(...) si bien se ha traducido en la alzada la documentación relativa al contrato de arrendamiento de 1 de enero de 2012, lo cierto es que la existencia de un contrato de arrendamiento en Alemania no desvirtúa el hecho de que el actor tuviera su domicilio en el lugar en el que el Ayuntamiento de Palma certifica su empadronamiento durante el año anterior a la interposición de la demanda”⁸⁸. Y esto en contra de las alegaciones de la parte apelante, que insistía en que “...el empadronamiento no acredita la residencia de una persona, pues nadie acude a cancelar un empadronamiento en el ayuntamiento al mudarse al extranjero” y hacía alusión a la realidad sustancial del concepto de “residencia habitual” por encima del formal: “Entendemos, que el contrato de arrendamiento de vivienda en todo caso acredita de manera más efectiva la realidad de una situación que es la de que con posterioridad al matrimonio se mudaron a Alemania y fijaron su domicilio conyugal”. No obstante, la AP consideró -en nuestra opinión con escasa fundamentación e insuficiente contraargumentación a la alegación entrecomillada a comienzos de este párrafo-, que el contrato de arrendamiento -no se hace referencia a otros datos que pudiesen establecer la residencia habitual con más fundamento- no era suficiente para desvirtuar tal empadronamiento. Y es que el empadronamiento por si mismo es un “principio de prueba”, aunque no es prueba suficiente ni automática de que sea tal lugar la residencia habitual de un sujeto, como bien lo recordarán posterior-

⁸⁴ SAP Girona de 22 abril 2015, nº256/201, [ECLI:ES:APGI:2015:256], FD 2.

⁸⁵ “(...) el actor presentó un volante de empadronamiento en el que se hace constar que está inscrito en el padrón de habitantes del Ayuntamiento de El Vendrell y en el mismo domicilio desde el año 2005. Este documento, que no ha sido impugnado de modo alguno en el procedimiento, es suficiente para justificar que el actor tenía su residencia habitual en territorio español”. Vid., *Ibidem*, FD 2, último párrafo, p. 3 *in fine*.

⁸⁶ SAP Gijón de 5 mayo 2016, 196/2016, *cit.*, *supra* [ECLI:ES:APO:2016:1443] y AAP Barcelona de 25 julio 2008 [ECLI:ES:APB:2008:5168A].

⁸⁷ SAP de Palma de Mallorca, de 20 diciembre de 2016, 2199/2016, [ECLI:ES:APIB:2016:2199].

⁸⁸ *Ibidem*, FD 3, *in fine*.

mente el AAP de Barcelona de 20 octubre de 2017⁸⁹ y la STS de 21 noviembre de 2017⁹⁰, *vid. infra*, y, previamente, el AAP de Barcelona de 8 de abril de 2011⁹¹.

48. A este respecto merece la pena detenerse, por su claridad y acierto, en el AAP Lleida de 9 de septiembre de 2021⁹², en el que se afirma que la “inscripción en el padrón municipal de habitantes” de un municipio español no supone, automáticamente, que dicho sujeto tenga su residencia habitual en España (STS CA 11 noviembre 2009, STS 14 septiembre 2009, STS CA 8 marzo 1983, STS 10 junio 1966, STS 4 mayo 1977, STS 15 noviembre 1991, STS 30 enero 1993, SAP Madrid 5 julio 2002)”. La Sala añade que la tradicional “falta de definición” de la “residencia habitual” se explica *porque dicho punto de conexión fue elegido ante la inconveniencia de fijar como punto de conexión el “domicilio”* porque “cada Estado tiene su concepto de domicilio y las diferencias entre el “concepto continental” de “domicilio” y el “concepto anglosajón” del mismo son muy acentuadas”. Así, los textos internacionales optaron, en lugar de proporcionar otro concepto más de “domicilio” o de que este se definiera según el Derecho nacional del Estado al que pertenece la autoridad que conoce del asunto, por emplear la “residencia habitual” sin definirla, debiendo ser concretada “caso por caso”⁹³.

49. La Audiencia recuerda pues que es el *lugar donde radica el “centro de vida de la persona”* (“le centre de vie de l’intéressé”). Ahora bien, el modo de concretarlo varía según la materia e instrumento legal considerado, porque depende del fin del mismo y de los intereses que se protegen en cada caso. De ese modo, en la legislación de la UE la residencia habitual se concreta de una manera distinta en el ámbito de la protección de menores (Reglamento 2201/2003) y de otra manera en los contratos internacionales (Reglamento Roma I) o en los ilícitos extracontractuales (Reglamento Roma II), en el divorcio (Reglamento 1259/2010) o en el ámbito sucesorio (Reglamento 650/2012)⁹⁴.

50. Por ello, el tribunal debe siempre comprobar, *teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto*, cuál es el centro de la vida o intereses del sujeto, más allá de lo que conste en el padrón o registros públicos. Es pues una cuestión sujeta a prueba procesal, como recuerda y realiza la SAP Gijón de 5 de mayo de 2016, *cit. supra*. Esta sentencia, no obstante, al referirse al “centro de intereses con carácter estable” hace referencia al art. 40 Cc y al concepto interno y su interpretación por la jurisprudencia nacional⁹⁵, sin mencionar ni tener en cuenta la autonomía del concepto al aplicar el Reglamento 2201/2003. Ahora bien, basándose en los detalles del caso, sí va más allá del domicilio administrativo para determinar que la residencia del cónyuge en cuestión está en España. Y esto así a pesar de que el demandante tenía un permiso de residencia renovado en Dubai (por razón del negocio que mantiene allí): “ni objetivamente atendiendo al tiempo de permanencia en España, puede así afirmarse [*que tenga la residencia en Dubai, se refiere*], ni subjetivamente, teniendo en cuenta que, no solo el centro de su actividad profesional lo constituye España, sino que, además, se constata que una gran parte de este tiempo ha estado en este país con su esposa, sin que ello pueda explicarse con el argumento

⁸⁹ AAP Barcelona del 20 de octubre de 2017 [ECLI:ES:APB:2017:7521A]

⁹⁰ FD 3: “(...) Ninguna de las dos [*refiriéndose al permiso de residencia y al registro consular*] sirve sin embargo para desvirtuar la residencia real en otro lugar, porque lo decisivo es el hecho de dicha residencia habitual, con un criterio realista, adaptado a la movilidad de los cónyuges.

⁹¹ AAP Barcelona, de 8 abril 2011, FD 3º, p. 3 [ECLI:ES:APB:2011:2097A] No del todo clara en su redacción, da a entender que el hecho de que el demandado retornase a Argentina dos meses antes de la presentación de la demanda, con independencia de la realidad del padrón, no permite inferir la residencia habitual común en España: “Si bien España constituyó la residencia habitual de los cónyuges, según certificación del Padrón Municipal, dejó de serlo en el momento de la interposición de la demanda, dado que la misma se presentó el 16 de septiembre de 2009, cuando el 2 de junio del mismo año causa baja el demandante y familia en el domicilio de Sant Joan Despi, para retornar el actor a Argentina. En su consecuencia no se da la circunstancia de que aún resida en España;”

⁹² AAP Lleida de 9 de septiembre de 2021, Sección 2ª, Nº 446/2021, [ECLI:ES:APL:2021:466A].

⁹³ Esta argumentación la vuelve a recoger la Audiencia en el AAP Lleida de 5 de abril de 2022, nº255/2022, FD 2, [ECLI:ES:APL:2022:357].

⁹⁴ *Ibidem*, FD 2, párrafo 5º.

⁹⁵ SAP Gijón, de 5 de mayo de 2016, nº 1443/2016, [ECLI:ES:APO:2016:1443], FD 3.

de que se trata de simples estancias estacionales o vacacionales, pues lo cierto es que se constata que las mismas se desarrollan en muy diversas épocas del año y durante prolongados periodos de tiempo”.⁹⁶

51. Respecto a la aplicación de las normas relativas a la competencia residual, recientemente, el AP Barcelona, de 22 de octubre de 2022⁹⁷, incorporando la respuesta del TJUE en su sentencia de 1 de agosto de 2022 a su cuestión prejudicial, recuerda acertadamente que, ante un divorcio entre una española y un portugués con residencia habitual en Togo, y no siendo competentes según el Reglamento 2201/2003 los tribunales españoles, no procede aplicar las normas españolas de producción interna, sin que pueda pues recurrirse a la LOPJ en lo que al divorcio se refiere⁹⁸. Afirma la SAP de Asturias de 16 de julio de 2009⁹⁹, respecto de disolución matrimonial entre italiano y española casados en Gibraltar, que al tener la demandada su domicilio en España, dato que no es controvertido, se considera circunstancia bastante para “determinar la competencia de los tribunales españoles de acuerdo con lo establecido en el art. 22.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 3 del Reglamento de la Comunidad Europea nº 2201/2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial”.

52. Por último, analizaremos la STS de 21 de noviembre de 2017¹⁰⁰, ya citada *supra*, que precisamente aborda el caso ya juzgado en segunda instancia en la SAP Gijón de 5 de mayo de 2016, *cit. supra* en el párrafo 50. Esta sentencia de nuestro Alto Tribunal resulta de especial interés porque sintetiza la caracterización de los foros de competencia en materia de crisis matrimoniales del Reglamento 2201/2003, la relación entre ellos y porque contiene argumentación clave en torno a la determinación de la “residencia habitual”, cuestión que nos ocupa. Además, también aborda la misma aplicabilidad del Reglamento 2201/2003 al caso y las relaciones que mantiene dicho instrumento con nuestras normas internas de competencia judicial internacional (en concreto, el artículo 22.3 LOPJ).

53. En el caso, un marido de nacionalidad española interpone una demanda de divorcio ante los tribunales españoles por contra su esposa, una mujer con doble nacionalidad egipcia y británica. Esta rechazó la competencia de los tribunales españoles en base a la residencia habitual del marido, que ella consideraba establecida en Dubai, y alegó la de los tribunales de Dubai, donde no obstante no realizó actuación procesal ninguna, mientras que el marido defendía que su residencia habitual se encontraba en España.

54. Tras dos instancias que dieron la razón a este último, el caso llegó al TS a instancias de la mujer que interpuso sendos recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación. Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

⁹⁶ *Ibidem*, FD 3 in fine.

⁹⁷ AAP Barcelona de 22 octubre 2022, [ECLI:ES:APB:2022:1774A], FD 2, 2º párrafo.

⁹⁸ A distinta conclusión llega la Sala respecto del art. 14 del Reglamento, relativas a la responsabilidad parental: “En este sentido, el TJUE permite la aplicación de las normas de competencia del Derecho interno cuando conforme a los arts. 8 a 13 del Reglamento ningún Estado miembro sea competente para conocer de las medidas de responsabilidad parental, es decir, puede fundar su competencia en las normas de Derecho interno apartándose del criterio de proximidad del Reglamento. En materia de responsabilidad parental no es aplicable el art. 6. Entiende posible en el Reglamento la fragmentación de las normas de competencia para el divorcio (no cabe aplicación de normas internas de competencia) y para la responsabilidad parental (sí cabe aplicación de normas internas de competencia) y que ello no es contrario al interés del menor. Aplicando el art. 22 quáter, apartado d) de la LOPJ que establece que los Tribunales españoles serán competentes en materia de relaciones paterno- filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el demandante sea español, procede declarar la competencia del Tribunal español para las medidas de responsabilidad parental de los hijos menores de edad. Así lo han entendido también las partes en el traslado conferido para alegaciones”. *Vid.*, *ibidem*, FD 2, párrafos 3 y 4.

⁹⁹ SAP de Asturias de 16 de julio de 2009, nº 270/2009 [ECLI:ES:APO:2009:1863].

¹⁰⁰ *Vid.*, 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”, *Crónica de Derecho internacional privado*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018, nº1, pp. 9-14; E. C. TORRALBA MENDIOLA, “La residencia habitual del demandante como criterio para establecer la competencia judicial internacional en un litigio en materia de divorcio: Comentario a la STS de 21 noviembre 2017 (RJ 2017, 5094)”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 106, 2018, pp. 453-478;

- 1) Por infracción de art. 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial -por inaplicación-, al atribuir la competencia a los tribunales españoles en aplicación del art. 3 del Reglamento 2201/2003. La esposa (recurrente) considera que los tribunales españoles no son competentes por aplicación del artículo 3 del Reglamento 2201/2003 porque, dado que los esposos no tienen la misma nacionalidad ni tampoco residencia común en España, procede la aplicación de la LOPJ conforme a la cual, los tribunales españoles tampoco serían competentes (redacción vigente en el momento de la presentación de la demanda) porque en el caso, también sería presupuesto necesario que el esposo tuviera su residencia en España, lo que entiendo no sucede.
- 2) Por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al ser la valoración de la prueba manifiestamente ilógica, arbitraria e irrazonable al concluir que la residencia habitual del demandante estaba situada en España durante los seis meses anteriores a la presentación de la demanda. Por su parte, el motivo del recurso de casación fue la infracción -por indebida aplicación-, del artículo 40 del Código Civil, en relación al artículo 3 del Reglamento 2201/2003, por oponerse a la doctrina jurisprudencial dictada en interpretación y aplicación de dicho precepto en lo que se refiere al concepto de residencia habitual.

55. El TS desestimó ambos recursos. En relación al segundo, determinó que no es motivo propio del recurso de casación el discrepar con la valoración que de todos esos hechos -que no se discuten-. Esto es, que no puede impugnarse mediante este recurso la valoración jurídica realizada por el tribunal de instancia (respecto a que el demandante tenía su residencia en España). Respecto del primero, recordó la Sala que es una materia que podría analizarse de oficio y los tribunales españoles deben declararse incompetentes si comprueban que no son competentes internacionalmente con arreglo a los foros del Reglamento ni, en su caso, con arreglo a las normas de producción interna.

56. Además, respecto a la interpretación y aplicación de las normas de competencia judicial internacional citadas, el TS hizo las siguientes afirmaciones, consolidando aspectos claves en la aplicación del artículo 3 del Reglamento europeo:

- a) Que no es aplicable la LOPJ porque es aplicable el Reglamento 2201/2003, lo que concluye el tribunal tras analizar los artículos 6 y 7 del instrumento europeo y analizar la cuestión determinante acerca de la residencia habitual del esposo *ex* artículo 3.1, a) (FD 3.3, punto 3º)¹⁰¹.
- b) Que los foros del art. 3 del Reglamento son alternativos, sin ninguna jerarquía entre ellos: basta con que concurra uno cualquiera de los siete foros de competencia judicial internacional, los tribunales españoles son competentes, sin que se pretenda excluir las competencias múltiples (citando STS 710/2015 de 16 de diciembre de 2015 y STJUE de 16 de julio de 2009, *Hadadi*, C-168/08 [ECLI:EU:C:2009:474], apartados 48 y 49).
- c) Puesto que la demanda la interpuso el marido, de nacionalidad española, la cuestión se centra, *ex* art. 3 del Reglamento, en determinar si aquel había residido en España al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda. Añade el Tribunal Supremo con acierto (FD 3.3, punto 6º), que el empleo de este *forum actoris* es perfectamente previsible y aceptable en este supuesto, salvaguardando el principio de proximidad razonable.
- d) El reproche que formula la recurrente en el sentido de que puede fomentar el *forum shopping*, no es motivo suficiente para dejar de aplicar el art. 3 conducente a la determinación de la competencia en favor de los tribunales españoles, máxime cuando esto no resulta imprevisible para la esposa, ni cuando aquellos no están escasamente vinculados con el supuesto y, en consecuencia, no se produce una vulneración de la tutela judicial efectiva (FD 3.3).

¹⁰¹ Al respecto, según G. PALAO MORENO, la aproximación resulta en principio acertada -citando al respecto la jurisprudencia del TJUE en el as., ya citado, *Sundelind López* -, pero este debería haber recurrido directamente a lo establecido en el precepto anterior -esto es, el 6 “competencia exclusiva”-. “En consecuencia, tendría que haber sido su artículo 6 el finalmente empleado, para llegar a la conclusión de que el tribunal español resultaría competente a la luz de los foros incluidos en los artículos 3 a 5, pero no lo podría ser en virtud de las normas de competencia judicial internacional contenidas en la LOPJ -por el carácter exclusivo de los primeros-, en tales circunstancias. Vid., G. PALAO MORENO, “La residencia habitual...”, *op.cit.*, p. 10.

- e) Ha quedado acreditado tanto que el esposo tenía el núcleo de su actividad profesional en España como que la propia esposa hacía estancias prolongadas en España, como muestran sus propias manifestaciones en la denuncia penal que interpuso contra su marido en mayo de 2015 (diligencias ya sobreeséidas).
- f) El concepto de “residencia habitual” ha de ser objeto de una *interpretación autónoma y uniforme* para todos los Estados miembros y que ha de buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa pretende alcanzar. Por residencia habitual debe entenderse, conforme al Tribunal de Justicia, “*el lugar donde la persona ha establecido su centro habitual o permanente de intereses, teniendo en cuenta todos los datos relevantes que puedan considerarse para determinar tal residencia*”, con clara naturaleza sustancial y no meramente formal o derivada de la inscripción en registros oficiales [citando sentencias del tribunal de casación italiano: *Cass. civ. Italia (Ord.), Sezione Unite, 17 febbraio 2010, n. 3680; Cass. civ. Italia, Sezione Unite, 25 giugno 2010, n. 15328*]. Además, añade, esta residencia habitual a la que se refiere el Reglamento *no exige que sea exclusiva y basta un vínculo objetivo, real y serio, sin que sea suficiente para excluirla el motivo de haber conservado un domicilio personal, fiscal, ni estar inscrito en el censo electoral de otro lugar* (citando la sentencia de la *Cour de cassation française, Premier Ch. civ. 1, 14 décembre 2005, n.º pourvoi 05-10951*).
- g) Por tanto, la residencia habitual del marido en España, determinada porque es donde realiza su principal actividad empresarial y donde pasa la mayor parte del tiempo y tiene mayores vínculos, no queda desmentida ni por su permiso de residencia ni por su inscripción en el Registro de Matrícula de la Oficina Consular de Dubái, “*pues ese dato no hace de Dubái la residencia habitual en sentido realista sino solo en sentido formal y administrativo*”. Al respecto, iguala el TS el estar empadronado en un municipio y estar inscrito como residente habitual en el Registro de Matrícula de una Oficina Consular en el Extranjero.

57. Esta sentencia ha sido aplaudida por la doctrina y su abordaje de las cuestiones esenciales de Derecho internacional privado es, como se ha visto, claro y didáctico, algo muy de agradecer a la vista de todas las resoluciones judiciales nacionales analizadas.

58. Nos centramos a continuación en analizar una resolución reciente de la Audiencia Provincial de Santander, en la que, por una parte, se aplican correctamente las últimas precisiones del TJUE respecto de la “residencia habitual” en el marco del Reglamento europeo, que no puede ser múltiple, como ya vimos, y, por otra, se constatan algunos errores en la aplicación de las normas europeas y una fundamentación insuficiente, a nuestro juicio, de la “residencia habitual”, clave en el fallo de la resolución.

IV. El auto de la AP Santander de 4 de mayo de 2022 y el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Reinosa de 15 de diciembre de 2021

59. El auto de la Audiencia Provincial de Santander, Sección Segunda, de 4 de mayo de 2022¹⁰² desestima un recurso de apelación interpuesto contra la decisión del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Reinosa que declaró su incompetencia para el conocimiento de una demanda de divorcio entre dos cónyuges de nacionalidad rumana en auto de 15 de diciembre de 2021. Analizaremos este en primer lugar para, con posterioridad, comentar el fallo de la AP y hacer algunos comentarios generales.

1. El auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Reinosa de 15 de diciembre de 2021

60. El auto que nos ocupa es un documento brevísimo que bien puede ser transcrito literalmente para ser comentado. Los fundamentos de hecho se limitan a dos. El primero, literalmente, dice así¹⁰³:

¹⁰² AAP Santander 178/2022, de 4 de mayo de 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A].

¹⁰³ Se han corregido del documento original faltas de puntuación para facilitar la lectura.

“Se presentó ante este juzgado de Primera instancia demanda de divorcio por Dña. Lorenza, con domicilio en esta ciudad de Reinosa frente a Constantino, con domicilio en Rumania, donde también estuvo el último domicilio común”. En el segundo se afirma que, “examinada la competencia territorial por la Letrado de la Admón de Justicia, acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la competencia de este juzgado para conocer del asunto (...)”.

61. Por su parte, son dos los fundamentos de Derecho. El primero transcribe el artículo 58 LEC literalmente, que establece el proceder “cuando la competencia territorial viniere fijada por reglas imperativas”. El segundo, más relevante, dice textualmente lo siguiente: “En el presente supuesto, y como indica el Ministerio Fiscal, ninguno de los foros competenciales que aparecen en el artículo 8 del Reglamento 1259/10, artículo 3.1.a del Reglamento nº2201/03 del Consejo Europeo, ni el artículo 22 quater de la LOPJ, indican la competencia de este Juzgado. No se conoce si la localidad de Reinosa ha sido sede del domicilio común y habitual de la pareja, deduciéndose de lo actuado que no existe domicilio fijo común.” En consecuencia, en la parte dispositiva, se declara no ser competente para el conocimiento del asunto.

62. Empezando por las normas que aplica el auto, llama poderosamente la atención el escaso conocimiento del Derecho internacional privado cuando cita, en el análisis de las bases jurídicas para determinar su competencia – internacional, que no “territorial”-, en primer lugar el Reglamento 1259/2010¹⁰⁴, del sector de ley aplicable, y su artículo 8, que contiene exclusivamente normas de conflicto y no “foros competenciales”, como reza el auto. También sorprende, más allá de errores terminológicos como referirse al “Consejo Europeo”, y no al “Consejo de la Unión Europa”, -que no es lo mismo dado que el primero no tiene una función legislativa, entre otras diferencias-, que solo se refiera al art. 3.1.a) del Reglamento y seguidamente al artículo 22 *quáter* de la LOPJ, sin considerar: 1) que existen normas de competencia residual en el Reglamento (artículos 6 y 7 del Reglamento 2201/2003, *vid. supra*) y que solo podrá acudir a la norma interna si aquellas lo permiten, algo que en este caso no sería posible porque el demandado tiene nacionalidad de Rumanía, Estado miembro, y porque hay otros tribunales de un Estado miembro (Rumanía) eventualmente competentes por la nacionalidad común de los cónyuges o por el domicilio del demandado -entre otros posibles criterios-, por lo que no es posible en ningún caso acudir a la LOPJ para fundamentar la competencia, norma que, por tanto, ni siquiera debería ser nombrada,; 2) de obviar lo anterior, debería haber considerado al menos la LOPJ en su conjunto (esto es, no limitándose al 22 *quáter* que difícilmente podrá ser aplicada en un caso de divorcio internacional), debiendo considerar otros foros como el de la eventual sumisión tácita de las partes a los tribunales españoles -polémica, como hemos visto-. Todo ello, además, sin considerar ni mencionar los ámbitos de aplicación respectivos de los instrumentos de la UE de cara a aplicarlos -y por tanto a considerar sus foros de competencia- o no. En definitiva, un párrafo que denota un gran desconocimiento del Derecho internacional privado.

63. Seguimos comentando el auto para referirnos a la ausencia total de referencias al concepto de “residencia habitual” que, obviamente, si partimos de que no se ha analizado el ámbito de aplicación de Reglamento 2201/2003 aplicable al caso y de que no se sitúa el juzgador en este marco de la norma europea, entendemos considera irrelevante. Se refiere el auto en todo momento a “domicilio”, estableciendo lo siguiente: en los fundamentos de hecho, establece que Dña. Lorenza tiene su domicilio en Reinosa (Cantabria) y que Constantino lo tiene en con en Rumanía, donde también estuvo el último domicilio común. Por su parte, en el FD 2º, añade que “no se conoce si la localidad de Reinosa ha sido sede del domicilio común y habitual de la pareja, deduciéndose de lo actuado que no existe domicilio fijo común”. Al respecto entendemos que se refiere el Juzgado al concepto interno de “domicilio”, equiparable a la “residencia habitual” *ex art. 40 Cc* pero que no equivale necesariamente al concepto autónomo de “residencia habitual” del Reglamento 2201/2003.

¹⁰⁴ Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DOUE nº 343, de 29 de diciembre de 2010.

64. Por tanto, hay una insuficiente fundamentación dado que no se entiende por qué, si se considera en los hechos que el domicilio de la demandante está en Reinosa, aun desconociéndose si en dicho lugar han tenido un domicilio común o no, no puede aplicarse el foro del art. 3 del Reglamento 2201/2003 -artículo que cita el auto en su FD-relativo a la residencia habitual de la demandante si hubiera residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda. No se menciona tiempo de residencia en España -dato que habría sido fundamental para entender su fallo- ni ningún otro que pudiera servir para establecer la residencia habitual de las partes, porque, aunque estando bajo el supuesto -erróneo- de un Reglamento inaplicable este razonamiento carecería de sentido, entendemos que podría pensar el tribunal en aplicar el mismo foro de la LOPJ -o descartarlo- para “cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda”.

65. Resulta ahora interesante pasar a analizar el contenido del auto de la AP por cuanto los datos que contienen nos pueden servir para profundizar en el análisis de este auto de origen y considerar datos que, aunque obviados en el auto -erróneamente, a nuestro juicio, porque llevan a una insuficiente motivación cuando se está denegando el acceso a nuestra justicia-, probablemente constasen en autos y sirviesen al juez para descartar el foro de la residencia habitual de la demandante, algo que debería quedar, insistimos, justificado en la resolución y no sujeto al margen de deducción de las partes o de los ciudadanos.

2. El auto de la AP Santander de 4 de mayo de 2022

66. En primer lugar, y antes de comenzar a analizar los aspectos relativos a la determinación de la residencia habitual, concepto en torno al cual gira la inadmisión de la demanda, es importante señalar que la Audiencia, mejorando al menos el auto de origen, aplica a la cuestión de la competencia judicial internacional – ya no la “competencia territorial” que menciona aquella- el Reglamento 2019/1111, que afirma está en vigor desde el 22 de julio de 2019, en concreto el artículo 3 del mismo¹⁰⁵. No obstante, nótese que, según el artículo 105 del Reglamento 2019/1111, si bien este entró en vigor a los 20 días de su publicación en el DOUE (esto es, el 22 de julio de 2019), no comenzó a aplicarse hasta el 1 de agosto de 2022 (a excepción de los artículos 92, 93 y 103 que no son aplicables al caso)¹⁰⁶, fecha relevante de cara a su aplicación por los tribunales. Por ello, la Audiencia debería haber basado su resolución en el Reglamento 2201/2003, errando en el ámbito de aplicación temporal del Reglamento 2019/1111 -ya que este solo se aplicará a las acciones judiciales iniciadas a partir del 1 de agosto del 2022-, si bien al menos acierta en acudir en primer término a las normas supranacionales de la UE y no citando en paralelo otros Reglamentos ni normas internas.

67. Por otra parte, como ya hemos analizado, el artículo 3 contiene una serie de foros alternativos, por lo que bastará con que se dé el criterio de conexión de alguno de ellos para que los tribunales españoles puedan ser competentes conforme al Reglamento. De no resultar competentes en base a ellos, no bastaría, como hace la sentencia, en declarar sin más la incompetencia de los tribunales españoles, sino que se debe explorar si es posible determinar la competencia en base a los foros de competencia residual, que la resolución de la Audiencia ni siquiera menciona. En este caso, al ser el demandado nacional rumano, esto es, ciudadano de otro Estado miembro, no podría recurrirse a la LOPJ¹⁰⁷ -además

¹⁰⁵ Recordamos, con foros similares a los del Reglamento 2201/2003, excepto por la referencia al “domicile”, vid. *supra*, epígrafe I, que con el nuevo reglamento se hace en el artículo 2.3 de manera genérica para todo el articulado.

¹⁰⁶ Vid, art. 105 del Reglamento 2019/1111.

¹⁰⁷ Habida cuenta del carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos 3 a 5, un demandado que tenga su residencia habitual en un Estado miembro o sea nacional de un Estado miembro solo puede ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de dichos artículos, lo que, por tanto, excluye la aplicación de las normas de competencia establecidas en el Derecho nacional (vid., entre otras, STJUE de 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López*, C-68/07, [ECLI:EU:C:2007:740], apartado 22; también, STJUE de 1 agosto 2022, op.cit., apartados 84, 85).

es evidente que existen, a tenor del domicilio del demandado en Rumanía, tribunales de otros Estados miembros de la UE que sí podrían ser competentes en el presente supuesto -. Por ello, teniendo en cuenta que los art. 4 y 5 (para determinar la competencia en casos de demanda reconvenional y conversión de separación judicial en divorcio) no aplican al caso, si ninguno de los foros del artículo 3 dieran la competencia a los tribunales españoles, se declararán entonces incompetentes, en un íter de razonamiento de acuerdo a la jerarquía normativa que la resolución de la Audiencia no menciona.

68. Así pues, dado que no existe ya residencia habitual *común* en España (apartado i), que la residencia habitual del demandado se ubica en Rumanía (apartado iii), que no se trata de una demanda conjunta (apartado iv), que ninguno de los dos tiene nacionalidad española (apartados vi y b), las únicas posibilidades para otorgar a los tribunales españoles la competencia judicial internacional serían: i) que pueda determinarse que España fue el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, y que sigue siendo el lugar de residencia habitual de la demandante; o bien, que la demandante haya residido en España durante al menos un año antes de la presentación de la demanda y pueda considerarse que tiene en este país se residencia habitual.

69. En este sentido, la Audiencia Provincial de Santander lo niega, sin distinguir en su razonamiento estos dos supuestos (ya que su argumentación en el fundamento tercero parece referirse solo a la residencia habitual de la demandante, sin fundamentar por qué no es cierta la alegación de la parte demandante de que en España estaba la última residencia habitual común¹⁰⁸) en base a dos líneas de argumentación:

70. 1) *Los hechos del caso no permiten considerar que la residencia habitual de la demandante pueda estar en España.* Dado que el concepto de “residencia habitual” refleja esencialmente una cuestión de hecho (STJUE 8 de junio de 2017, C-111/17 PPU, [ECLI:EU:C:2017:436], apartado 51), corresponde al órgano jurisdiccional comprobar, sobre la base del conjunto de circunstancias de hecho propias del caso de autos, si el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional nacional que conoce del asunto corresponde al lugar en el que se sitúa la residencia habitual del demandante, en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra a), sexto guión, del Reglamento n° 2201/2003, actual Reglamento 1111/2019¹⁰⁹.

71. Respecto de los hechos del caso, la Audiencia recoge en su resolución los siguientes: La pareja, de nacionalidad rumana, tiene tres hijos nacidos en Rumanía y de nacionalidad rumana. El domicilio familiar -cuya asignación de uso se interesa en la demanda por la demandante- se encuentra en Rumanía, si bien, según recoge el fundamento jurídico segundo, la residencia y el empadronamiento de los esposos se encuentra en España “*debido al desempeño de su trabajo como temporeros, careciendo en este país de domicilio fijo*”.

72. Según la Audiencia, de todo ello “se desprende que un cónyuge que pretenda invocar el criterio de competencia sustentado en la residencia habitual debe haber trasladado necesariamente su residencia habitual al territorio de un Estado miembro distinto del de la anterior residencia habitual y, por tanto, por una parte, haber manifestado la voluntad de establecer el centro habitual de sus intereses en ese otro Estado miembro y, por otra, haber demostrado que su presencia en el territorio de ese Estado miembro acredita un grado suficiente de estabilidad. En este caso, la residencia temporal en España de la demandante por motivos laborales no obtiene esta vocación de estabilidad, como se desprende del hecho *de que el centro de sus intereses habitacionales permanentes se encuentre aún en su domicilio familiar habitual en Rumanía, en el que pretende vivir junto con su hija menor, por lo que solicita en su demanda*

¹⁰⁸ Recordamos que en el auto de origen afirmaba el juez que “No se conoce si la localidad de Reinosa ha sido sede del domicilio común y habitual de la pareja”. Y que en el FD primero de la sentencia de la AP se afirma: “Se alega por la actora que en España estuvo la última residencia habitual de los cónyuges y sigue siendo su actual residencia, por lo que queda así establecida la competencia de los tribunales españoles de acuerdo con los criterios que establece la normativa europea.”

¹⁰⁹ Vid., por analogía, las sentencias de 2 de abril de 2009, A, C-523/07, [ECLI:EU:C:2009:225], apartado 42, y de 28 de junio de 2018, HR, C-512/17, [ECLI:EU:C:2018:513], apartado 41.

la asignación de su uso, lo que impide el simultáneo reconocimiento de otra distinta “residencia habitual” en España -que ostenta únicamente por razón del trabajo temporal que aquí desempeña - a los efectos previstos en el art. 3 del Reglamento 2019/1111”¹¹⁰.

73. 2) *Con independencia de que pudiera considerarse también que un cónyuge ha tenido o tiene otra residencia en España, siguiendo con la jurisprudencia del TJUE, la Audiencia recuerda acertadamente que un sujeto no puede tener más de una residencia habitual en el momento de presentación de la demanda (FD 2, 2º punto), citando la STJUE de 25 noviembre de 2021, cit. supra. Y que por tanto, dado que según la Audiencia, el “centro de sus intereses habitacionales permanentes” se encuentra en el domicilio familiar en Rumanía, donde pretende vivir la demandante con su hija menor, no puede considerarse otra residencia habitual distinta a aquélla.*

74. Por todo ello, el auto de la Audiencia Provincial de Santander objeto de análisis desestima el recurso de apelación interpuesto contra la decisión del Juzgado de Primera Instancia que declaró su incompetencia para el conocimiento de la demanda de divorcio.

75. Sin duda, a la vista del razonamiento empleado y de los datos del caso, la concreción de la residencia habitual resulta clave a la hora de estimar o desestimar el recurso y, con él, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y el consecuente acceso a la justicia española de la demandante. Al respecto, la resolución no recoge ni analiza más circunstancias fácticas del caso que pudieran constar en autos ni distingue en el análisis entre la “última residencia habitual común” y la “residencia habitual de la demandante” -de cara a aplicar un foro u otro- y concluye con esta redacción: “(...) la residencia temporal en España de la demandante por motivos laborales no obtiene esta vocación de estabilidad, como se desprende del hecho de que el centro de sus intereses habitacionales permanentes se encuentre aún en su domicilio familiar habitual en Rumanía, en el que pretende vivir junto con su hija menor, por lo que solicita en su demanda la asignación de su uso (...)”. Dedicaremos los siguientes párrafos a analizar esta afirmación a la luz de la jurisprudencia del TJUE.

76. Recordamos que, según la jurisprudencia del TJUE, a efectos de la interpretación del artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento 2201/2003 -que recordemos, aplica igual al Reglamento 2019/1111-procede considerar que el concepto de “residencia habitual” se caracteriza, en principio, por dos elementos, a saber, por una parte, *la voluntad del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado* y, por otra, *una presencia que reviste un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate*¹¹¹.

77. En este caso, en base a los elementos fácticos proporcionados por la Audiencia -y a los escasísimos que reflejaba el Juzgado de Reinosa, no queda suficientemente fundamentado, en nuestra opinión, que la presencia, el domicilio (que la sentencia de primera instancia lo concreta en Reinosa) y el empadronamiento de la demandante en España no constituyan, como ella alega, residencia habitual, por los siguientes motivos:

- 1º) No tener domicilio fijo no puede excluir la residencia habitual en ningún caso, más cuando es perfectamente posible -y obligatorio- empadronarse aun sin tener domicilio fijo, y que uno debe y puede tener acceso al padrón aun residiendo irregularmente en España, y que uno puede estar en esas circunstancias y que su estancia en nuestro país sea suficientemente estable y que la persona en cuestión tenga voluntad de que España sea su lugar de residencia habitual, fijando aquí el centro de sus intereses. Por tanto, carecer de domicilio fijo -y más aún cuando se está empadronado en España, como es el caso- no desvirtúa la posibilidad de que en España se encuentre la residencia habitual de un sujeto, dado que el no tener “domi-

¹¹⁰ FD 3, *in fine*. Cursiva nuestra.

¹¹¹ STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, *op.cit.*, apartado 57.

cilio fijo” puede deberse a una cuestión de vulnerabilidad por escasos recursos económicos que obligan a vivir en pisos compartidos sin ser titulares de un contrato de alquiler, albergues para temporeros, en casas de acogida de compatriotas, etc, si bien no hay que olvidar que la “mera presencia” no constituye residencia habitual a efectos del Reglamento.

- 2º) La nacionalidad extranjera -de los cónyuges y de sus hijos- es irrelevante a la hora de determinar la residencia habitual. No se trata de analizar con qué país hay una conexión más estrecha sino de ver si existe una conexión razonable con España – amparada por el artículo 3 del Reglamento- que permita que los tribunales españoles sean los competentes, tal y como interesa a la demandante. Por otra parte, si lo que pretende el auto es usarlo como argumento para “reforzar” el componente de “habitualidad” de la residencia en Rumanía frente a la residencia en España, como forma de elegir entre ambas, tampoco puede servir la nacionalidad para ello, ya que este criterio no constituye en modo alguno parte de la residencia habitual.
- 3º) El hecho de que la residencia de la demandante en España sea administrativamente “temporal” en razón de su trabajo de temporera, tampoco es óbice en sí mismo para que no pueda ser su residencia habitual, sin que se ofrezcan más datos para determinarla. Al respecto, poca información se ofrece: cuántas veces, con cuánta periodicidad y durante cuánto tiempo residen o han residido en España en los últimos años como trabajadores de temporada¹¹², cuántos años llevan haciéndolo, qué relaciones tienen en este país, si los hijos son menores de edad (parece que no¹¹³) y si los acompañan en sus estancias, etc. Todos estos datos servirían para determinar con más fundamento la última residencia habitual común y la residencia habitual de la demandante, cuestiones esenciales para descartar o admitir la competencia judicial internacional¹¹⁴.
- 4º) Por otra parte, si se descartase que la última residencia habitual común fuese España y nos centráramos en el foro que requiere la residencia de la demandante durante al menos un año antes inmediatamente anterior a la presentación de la demanda, tampoco el hecho de que tenga un permiso temporal de residencia (que se otorga por un máximo de 9 meses en un período de 12 meses consecutivos) puede servir, sin más datos, para negarla, ya que el foro no exige residencia ininterrumpida¹¹⁵ sino residencia ¿habitual?¹¹⁶ -esto es, que si durante, pongamos, los últimos cuatro años ha residido 9 meses al año en España y tres meses en Rumanía, y el centro de los intereses está en España, donde quiere establecerse, esa realidad

¹¹² El TJUE ha reiterado que no es necesaria una duración determinada, y que puede haber residencia habitual sin necesidad de que transcurra mucho tiempo y, aunque el tiempo puede ser un indicio, lo determinante es la voluntad de que ese lugar sea el centro habitual de sus intereses el momento de presentarse la demanda y que su presencia en el mismo tenga cierto grado de estabilidad. STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, op.cit., apartado 57.

¹¹³ Aunque en la sentencia se habla de la “hija menor”, entendemos que se trata de la hija de menor edad, pero no menor de edad, dado que no se solicita ningún tipo de medida ni hay peticiones sobre custodia, alimentos, etc. Sí se menciona en la sentencia que la pareja tiene tres hijos, pero no se comenta nada respecto de ellos ni de su centro de relaciones, edades o vínculos con ambos países

¹¹⁴ Nos recuerda G. PALAO MORENO que, a falta de criterios del TJUE para personas adultas, los tribunales nacionales han tomado en consideración elemento como: el lugar de celebración del matrimonio o de empleo, donde los hijos están escolarizados o se contribuye a la seguridad social, la tenencia de préstamos o de propiedades inmuebles, el permiso de conducir, la recepción de correo importante como el bancario, la existencia de relaciones personales o administrativas Nada de ello se ha considerado en la resolución comentada. Vid., Vid., G. PALAO MORENO, “La residencia habitual...”, op.cit., p. 13.

¹¹⁵ Afirmamos esto ya que deducimos del hecho de que el TJUE entienda posible que un sujeto mantenga varias residencias simultáneamente, esto es, vínculos con varios lugares/Estados, pero solo una residencia habitual; por ejemplo, en el caso de la STJUE de 25 de noviembre de 2021, el cónyuge tenía su residencia en Francia y en Irlanda, viajando constantemente (esto es, interrumpiendo la residencia) de uno a otro país, pero sólo una podía ser su residencia habitual (pese a ser interrumpida).

¹¹⁶ Se pone bajo interrogantes a la espera de la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial que ha planteado el *Bundesgerichtshof* (Alemania) el 11 de julio de 2022 — BM / LO. Cuestión prejudicial: “El plazo de espera de un año o, en su caso, de seis meses previsto en el artículo 3, apartado 1, letra a), guiones quinto y sexto, del Reglamento n.º 2201/2003, ¿comienza a correr para el demandante con la fijación de su residencia habitual en el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda o es suficiente con que, al comienzo del plazo de espera pertinente, el demandante solo tenga una mera residencia en dicho Estado y esa residencia se consolide posteriormente como residencia habitual durante el período transcurrido hasta la presentación de la demanda?”, DOUE C359, de 19.9.2022

no desvirtúa la residencia habitual-, y además porque la estancia irregular en territorio español también puede constituir residencia habitual, según los vínculos del sujeto y la vocación de permanencia. Es por ello que sería necesario, para desvirtuar el principio de prueba del empadronamiento que, ojo, en el auto de la AP se afirma en España respecto de ambos cónyuges (FD 2º, 4º párrafo) y no solo respecto de la demandante, que el tribunal fundamentase de forma reforzada, dado que está negando con su resolución el acceso a la justicia española, por qué el empadronamiento no se corresponde con la realidad sustancial de la residencia habitual de la demandante y/o de los cónyuges. Así, recordamos el SAP Girona de 22 abril 2015 donde se admite la competencia judicial internacional de los tribunales españoles al no considerarse impugnado el volante de empadronamiento¹¹⁷.

- 5º) Por último, y en relación al motivo que la Audiencia parece encontrar determinante, el hecho de que en la demanda interese la asignación de uso de la vivienda familiar de Rumanía para vivir con su hija menor, tampoco prueba, en nuestra opinión, que no esté en España, lugar donde está empadronada, su residencia habitual, por varios motivos: En primer lugar, porque la residencia habitual debe determinarse en base al centro de intereses de la persona en el momento en que se presenta la demanda, no en un momento pasado ni futuro¹¹⁸. Imaginemos que una pareja tiene su residencia habitual clara desde hace 10 años en España, pero en la demanda de divorcio la esposa solicita el uso de la vivienda vacacional que tienen en Francia para residir, pensando en un eventual cambio de vida tras el divorcio. Sería absurdo pensar que los tribunales franceses deben ser los competentes porque se solicite para el futuro el uso de la vivienda de Francia, dado que el centro de intereses y de vínculos significativos -laborales, personales, etc- de ambos se encuentra en España. Que, en este caso, coincida el lugar de dicha vivienda con el país de su nacionalidad o que allí resida ahora el demandado, tampoco es relevante para demostrar la residencia habitual de la demandante y desvirtuar el empadronamiento, sin más datos. Además, dicha decisión de traslado eventual a Rumanía podría variar en función de la sentencia y no obedece a lo verdaderamente relevante que es dónde gravita el centro de relaciones del sujeto en cuestión cuando se presenta la demanda.

78. Por todo ello, consideramos que el auto de la Audiencia Provincial: 1) Recurre acertadamente a las normas supranacionales de la UE en primer lugar -descartando la LOPJ- pero yerra en el ámbito de aplicación temporal del Reglamento 2019/1111, debiendo haber aplicado el 2201/2003 ya que la fecha de presentación de la demanda es en todo caso anterior al 1 de agosto de 2022. 2) Una vez que desestima su competencia por inaplicación, según su argumentación, del artículo 3 del Reglamento, no argumenta por qué no aplica el sistema de foros de la LOPJ para determinarla, desestimándola sin más sin mencionar la eventual aplicación de las normas de competencia residual del Reglamento (que no podrían aplicarse pero que ni siquiera se mencionan, y tal vez habría sido deseable). 3) Incurrir en una fundamentación insuficiente, en nuestra opinión, en la concreción de la “residencia habitual”, sin distinguir en el análisis de la última residencia habitual común y la residencia habitual de la demandante. Y es que, teniendo en cuenta que se está negando el acceso a nuestros tribunales con dicha decisión, habría sido más adecuado proporcionar más elementos de hecho que permitiesen desestimar, en línea con los argumentos del TJUE, de manera más fundamentada la residencia habitual que la demandante *alega* tener en España, aportando, al menos que nos conste, volante de empadronamiento. Como decimos, dado que la respuesta del tribunal es desestimatoria, lo que impedirá a la demandante acceder a la justicia

¹¹⁷ SAP Girona de 22 abril 2015, nº256/201, [ECLI:ES:APGI:2015:256], FD 2, comentada *supra*, epígrafe III.

¹¹⁸ Y no es relevante que el sujeto tenga la intención de retornar a otro país ni es suficiente la mera “intención de residir habitualmente en un país”, porque ello fomentaría el *forum shopping* y conflictos de competencias, incrementando la imprevisibilidad del foro. Vid., J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en su comentario a la sentencia de 25 de noviembre de 2021, cit. *supra*. Así, como precisa el TJUE en la sentencia de 25 de noviembre de 2021, un cónyuge puede, debido a la crisis conyugal, decidir abandonar la anterior residencia habitual de la pareja para establecerse en un Estado miembro distinto del de esa antigua residencia y presentar en él una demanda de disolución del matrimonio en las condiciones previstas en el artículo 3, apartado 1, letra a), guiones quinto o sexto, del Reglamento n.º 2201/2003, sin dejar de tener plena libertad para conservar un determinado número de vínculos sociales y familiares en el territorio del Estado miembro de la anterior residencia habitual de la pareja. (FD 55).

española, aumentando el coste -por lo infructuoso de la acción ya emprendida- del litigio para ambas partes, con más razón si cabe es conveniente una amplia y detallada fundamentación, sumando el hecho de que los foros del artículo 3 son alternativos -y no jerárquicos- para favorecer precisamente ese acceso a la justicia sin perder lógicamente de vista el principio de proximidad¹¹⁹.

79. Tenemos muchos ejemplos en nuestra jurisprudencia donde los tribunales españoles se declaran competentes en base a un domicilio (normalmente alegado en base a un volante de empadronamiento) no impugnado en modo alguno. Así, entre otros muchos, vid. *supra*, la sentencia de la AP de Asturias de 16 de julio de 2009¹²⁰, *op.cit.*, que considera que el tener la demandada su domicilio en España, dato que no es controvertido, es suficiente para “determinar la competencia de los tribunales españoles de acuerdo con lo establecido en el art. 22.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 3 del Reglamento de la Comunidad Europea nº 2201/2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial”¹²¹. También en la SAP Girona de 22 de abril de 2015, en un divorcio entre un nacional portugués -demandado- y una nacional hindú, el tribunal considera que basta con que el volante de empadronamiento presentado no se haya impugnado en modo alguno para considerar que la persona tenía su residencia habitual en España¹²².

80. Y todo ello sin negar que teniendo en cuenta el resto de información que se omite respecto del caso -y que hubiese sido del todo oportuna haber considerado en la misma- pudiera haberse llegado a esta misma conclusión, ya que ni la mera presencia, ni la intención, ni la estancia “en precario” o poco estable de una persona en un territorio puede constituir “residencia habitual”, pero sin olvidar que, en esta materia y en este sector de competencia judicial internacional, basta con una proximidad suficiente, esto es, con cualquiera de los siete foros contemplados en el artículo 3, sin que sea necesario que se trate del “más próximo” o “más conectado”. Ciertamente, no tiene nada que ver el caso de una trabajadora de temporada “habitual” en España, esto es, que viene a trabajar todos los años por períodos, reglamentarios, de 9 meses, volviendo 3 meses a Rumanía, habiendo hecho esto antes con su marido durante los últimos -pongamos- diez años, que el supuesto de una trabajadora de temporada que pasa solo tres meses en España y que es la primera vez que viene a nuestro país, donde el empadronamiento es meramente circunstancial. La cuestión es que, por los datos que reflejan tanto la sentencia de primera instancia como la de la AP, es imposible saber siquiera a cuál de los supuestos anteriores nos aproximamos y, por tanto, siendo difícil determinar por qué el volante de empadronamiento de la esposa en España no se corresponde con la realidad sustancial de su residencia habitual, aunque esta sea temporal, esto es, “interrumpida”.

IV. Reflexiones finales

81. Todo este análisis en torno a la residencia habitual y su interpretación y aplicación por los tribunales españoles pone de manifiesto a nuestro juicio varios aspectos importantes.

82. En primer lugar, que la comprensión y, con ello, correcta aplicación del Derecho internacional privado es compleja -y quizás en parte por ello muchas veces ignorada o errada- para los operadores jurídicos. Conocer el ámbito de aplicación de los Reglamentos europeos y su primacía normativa parece ser una formación imprescindible, especialmente para los tribunales, teniendo en cuenta que el número de litigios con elementos internacionales entre particulares ha crecido exponencialmente en las últimas

¹¹⁹ STJUE 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López*, C-68/07, [ECLI:EU:C:2007:740], apartado 26.

¹²⁰ SAP de Asturias de 16 de julio de 2009, nº 270/2009 [ECLI:ES:APO:2009:1863].

¹²¹ Y esto con independencia de que cite la LOPJ sin necesidad.

¹²² “(...) el actor presentó un volante de empadronamiento en el que se hace constar que está inscrito en el padrón de habitantes del Ayuntamiento de El Vendrell y en el mismo domicilio desde el año 2005. Este documento, que no ha sido impugnado de modo alguno en el procedimiento, es suficiente para justificar que el actor tenía su residencia habitual en territorio español”. Vid., *Ibidem*, FD 2, último párrafo, p. 3 *in fine*.

décadas y dado que, en esta materia de la determinación de la competencia judicial internacional, está en juego el acceso a la justicia.

83. En lo que respecta al concepto autónomo de “residencia habitual”, no definido en el Reglamento europeo 2201/2003 ni en el reciente 2019/1111, hemos visto que suscita varios problemas, relevantes en tanto de la delimitación de aquella depende directamente en la mayoría de los casos el acceso a unos tribunales elegidos por uno o ambos cónyuges, dado que ante ellos se presentó la demanda. Entre otras causas, la indefinición del concepto, si bien puede permitir una mejor adaptación a las circunstancias del caso, siempre deseable, incrementa la incertidumbre y puede conllevar indefensión cuando no se fundamenta aquel correctamente.

84. Es por ello que algunos autores proponen como solución a tanta indeterminación y a tanta responsabilidad para los órganos competentes que, según el tipo de procedimiento, materia, el caso, los intereses en juego, la presencia o no de menores, etc., deberán concretar de forma distinta la “residencia habitual”, la creación de un concepto europeo de residencia habitual¹²³. Así, por ejemplo, L.A. PÉREZ MARTÍN propone el siguiente: “La residencia habitual de ámbito europeo de una persona es un concepto autónomo que debe establecerse en el Estado en el que la misma tiene su centro de vida, y será el lugar en el que, atendiendo al criterio de proximidad, teniendo una relación física de permanencia voluntaria con un Estado con alguna estabilidad, la persona está integrada en él, ya que mantiene objetivos lazos personales con dicho Estado, centrados en su vida en familia, vivienda habitual o patrimonio, así como vínculos profesionales y sociales en su caso”¹²⁴.

85. Si bien estos elementos se han configurado ya en su mayoría en la jurisprudencia del TJUE, con el fin de ayudar a determinarla, el citado autor ofrece indicios que deberían tenerse en cuenta, como: lugar de la residencia habitual familiar común y dónde se encuentran o encontraban, de manera real, fáctica, efectiva, los intereses comunes de la pareja en el momento de la disolución de la misma o en los últimos momentos de la vida en común; la existencia de hijos y el lugar de vida y escolarización de los mismos; el posible motivo de la vida de la pareja en lugares diferentes y la razón de los traslados. También ofrece otros criterios menos importantes para considerar como son: la nacionalidad de todos los miembros de la familia, el idioma común que hablan, y sus lazos personales y familiares con otras personas, así como los intereses patrimoniales de la pareja¹²⁵.

86. En nuestra opinión, si bien es preferible un concepto flexible de residencia habitual para los divorcios internacionales, teniendo en cuenta que la jurisprudencia en relación a la residencia habitual de adultos es escasa en este sentido -como se ha visto-, sí serían positivos, aunque probablemente se acaben configurando con la labor paulatina del Tribunal de Luxemburgo, una serie de indicios que permitiesen concretar la residencia habitual con menos margen de error por parte de los tribunales nacionales y menor incertidumbre para las partes, aunque, de no acumularse el caso de crisis matrimonial -y petición de divorcio, separación o nulidad- con otras cuestiones relativas a menores, alimentos, sucesiones... ,que pueden complejizar la cuestión- consideramos que sería suficiente con una lectura atenta y una aplicación cuidadosa de la jurisprudencia que sí existe ya y de la doctrina en torno a la misma, junto con una formación en Derecho internacional privado para evitar errores como la interpretación en clave nacional del concepto de residencia habitual, la aplicación de normas internas en lugar de europeas o la incorrecta aplicación de los ámbitos de aplicación y de los foros de los Reglamentos. Esto es, quizás no sean necesarias normas más cerradas sino un mayor conocimiento de cómo funcionan y cómo se aplican

¹²³ Vid., especialmente: vid. L.A. PÉREZ MARTÍN, “Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en derecho de familia internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVIII, 2018, pp. 469 y ss; en materia de sustracción de menores: M. CELIS AGUILAR, “Hacia una interpretación uniforme del concepto de residencia habitual en el contexto de la sustracción internacional de menores”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n° 47 (abril de 2022).

¹²⁴ *Ibidem*, p. 491.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 491.

las que ya existen en materia de determinación de la competencia judicial internanacional en las crisis matrimoniales, salvedad de la modificación del artículo 22 de la LOPJ que sería muy bienvenida.

87. Por último, siendo tan relevante la concreción de la residencia habitual, la fundamentación en las resoluciones debería ser siempre suficiente o reforzada, nunca escueta, argumentándose todo lo posible, especialmente en caso desestimatorio (esto es, de que el tribunal no encuentre que pueda concretarse en España ningún punto de conexión) o cuando se ha presentado declinatoria y hay desacuerdo entre las partes, por qué no puede o sí puede establecerse la residencia habitual en España o, más allá, ser competente dicho tribunal español, teniendo en cuenta todos los datos fácticos posibles: esto es, tiempo, intención de permanencia, períodos de residencia en nuestro país, lazos y vínculos personales, laborales, familiares, ... y todo ello en el momento de presentarse la demanda, no en base a intenciones futuras ni hechos pasados. Dado que es una cuestión apreciable de oficio en cualquier momento del procedimiento y dado que, de no tener competencia internacional, las actuaciones judiciales serían nulas y la resolución no sería reconocida y ejecutable en el país en que tuviera surtir efecto, conforme se deriva de los artículos 36, 38 y 225.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dichos datos y su consecuente argumentación deberían tener reflejo suficiente en la resolución judicial, que es precisamente lo que no se observa en el AAP de Santander que motivaba esta contribución -y tampoco en el auto de origen-, pese a que, haciendo uso de todos los datos disponibles y añadiendo la argumentación que consideramos necesaria, hubiese podido llegarse a la misma conclusión.

88. Y si bien no resulta razonable ni incluye el deber de motivación de las sentencias el ofrecer un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas de las partes, sí es necesaria la *exteriorización del iter decisorio o conjunto de consideraciones racionales que justifican el fallo, o los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión*¹²⁶. Y es que la motivación de las sentencias se presenta como una exigencia constitucional establecida en el artículo 120.3 CE configurándose como un deber inherente al ejercicio de la función jurisdiccional *en íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 CE* (STC 144/2003 de julio y STS de 5 de diciembre de 2009)¹²⁷. Es por tanto una cuestión de primer orden y, sin duda, una resolución que determina la incompetencia de los tribunales españoles debería ser cuidadosa en que su motivación no dejara dudas acerca de la base jurídica en que fundamenta su decisión: instrumento aplicado, y, en este caso, concreción, con todas las circunstancias relevantes del caso, como indica el TJUE, de la residencia habitual, determinante en la resolución del supuesto.

¹²⁶ STS 303/2015, de 25 de junio de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:2981], FD 4, punto 5.

¹²⁷ STS 303/2015, de 25 de junio de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:2981], FD 4, punto 5.

The push for the international regulation of cross-border access to electronic evidence and human rights

El impulso para la regulación internacional del acceso transfronterizo a las pruebas electrónicas y los derechos humanos

ANA GASCÓN MARCÉN*

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Público
Universidad de Zaragoza*

Recibido:13.12.2022/Aceptado:24.01.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7545

Abstract: This paper describes the different solutions used by China, the United States and the European Union to access electronic evidence for criminal investigations and the problems raised by their different approaches. The unstoppable trend to create mechanisms that allow authorities from one State to request data directly from a service provider located in another State is assessed together with the human rights challenges it poses and the need for the inclusion of certain safeguards in this kind of initiatives. The Second Protocol to the Budapest Convention is also analyzed as a recently negotiated multilateral solution to tackle this issue.

Keywords: CLOUD Act, cross-border access, electronic evidence, Budapest Convention.

Resumen: Este artículo describe las diferentes soluciones utilizadas por China, Estados Unidos y la Unión Europea para acceder a pruebas electrónicas para investigaciones penales y los problemas que plantean sus diferentes enfoques. Se evalúa la tendencia imparable de crear mecanismos que permitan a las autoridades de un Estado solicitar datos directamente a un proveedor de servicios ubicado en otro Estado, los desafíos en materia de derechos humanos que plantea y la necesidad de incluir ciertas salvaguardas en este tipo de iniciativas. También se analiza el Segundo Protocolo del Convenio de Budapest como una solución multilateral negociada recientemente para abordar este problema.

Palabras clave: CLOUD Act, acceso transfronterizo, pruebas electrónicas, Convenio de Budapest

Sumario: I. Introduction II. Different unilateral solutions to facilitate access to electronic evidence 1. China and Data Localization 2. The United States and the CLOUD Act 3. The European Union and the European Production and Preservation Orders III. The Second Protocol to the Budapest Convention IV. Conclusions V. Bibliography.

* Senior lecturer at the Faculty of Law of the University of Zaragoza. Member of the research team of the project "Towards a person-centred digital transition in the European Union" (TRADIPER). This publication is part of the TED2021-129307A-I00 project, funded by MCIN/EIP/10.13039/501100011033 and the European Union's "NextGenerationEU"/PRTR.

I. Introduction

1. Access to electronic evidence has become a key element in police investigations, not only when it comes to prosecuting cybercrime, but any kind of crime. According to the European Commission, electronic evidence in any of its forms is relevant in about 85% of criminal investigations and, in almost two thirds (65%) of those, the service providers to whom the requests are directed are located in a different jurisdiction. The combination of the two previous percentages results in 55% of the total investigations in the European Union (EU) including a request for cross-border access to electronic evidence.¹

2. The first problem in obtaining and securing electronic evidence is the nature of the Internet itself. It poses serious challenges as jurisdiction is usually linked to the territory of the State, but the Internet has no borders. The intermediary that has the information may not be established in the same country where the criminal investigation is being carried out or, even if it is the case, the data may be on servers abroad. This may happen even in domestic investigations when the victims and perpetrators are all located in the same country where the investigation is taking place, but the data may be elsewhere. The characteristics of electronic evidence add more problems as data are stored, duplicated or moved between servers somewhere in the cloud, in possibly multiple or unknown jurisdictions, which also makes them tremendously volatile.²

3. There are instruments at the international level to facilitate access to evidence located in other jurisdictions, such as MLA mechanisms, but the requests may take quite a lot of time to be answered, on average between six and twenty-four months.³ Therefore, many investigations are abandoned and closed without results.

4. In this paper, we describe the different solutions used by the main actors in the field and its problems (section II), in particular, the mechanisms created by China (subsection 1), the United States (subsection 2) and the EU (subsection 3). In addition, the multilateral solution presented by the Second Protocol to the Budapest Convention is analyzed (section III), to finish with some brief conclusions (section IV).

II. Different unilateral solutions to facilitate access to electronic evidence

5. In this section, we study the solutions to this problem put in practice by China, the United States, and the EU. China and the United States are the two most powerful countries in the world in geostrategic terms. On top of that, they host the largest digital companies by market cap.⁴ In the case of the United States, those are Apple, Microsoft, Amazon, Alphabet (Google) or Meta (Facebook), and, for China, Tencent and Alibaba, but there are many more. These tech giants control a huge share of the digital data of the world.

¹ EUROPEAN COMMISSION, *Impact Assessment accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on the appointment of legal representatives for the purpose of gathering evidence in criminal proceedings*, SWD/2018/118 final – 2018/0108 (COD), 17 April 2018, 14.

However, Vazquez Maymir challenges the empirical soundness of these findings and argues that the percentages and figures used frame the problem fundamentally on technical and efficiency grounds, while there is no reference to the political and economic motivations behind the promotion of a policy shift from mutual legal assistance (MLA) treaties to direct cooperation, which, in his view, is the fourth and lost premise. See S. VAZQUEZ MAYMIR, “Anchoring the need to revise cross-border access to e-evidence”, *Internet Policy Review*, vol. 9, n° 3, 2020 <<https://doi.org/10.14763/2020.3.1495>> accessed 13 December 2022.

² J. KLEIJSEN and P. PERRI, “Cybercrime, Evidence and Territoriality: Issues and Options”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 2017, pp. 147-173, p. 150 <<https://rm.coe.int/cybercrime-evidence-andterritoriality-issues-and-op-tions/168077fa98>> accessed 13 December 2022.

³ T-CY, *The mutual legal assistance provisions of the Budapest Convention on Cybercrime*, TCY(2013)17rev, Council of Europe, 2014, p. 123.

⁴ See <<https://companiesmarketcap.com/>> accessed 2 December 2022.

6. The case of the EU and its cooperation mechanism to solve this problem is also studied because it is the agreed solution for its 27 Member States and, in addition, it could have a significant impact outside of the frontiers of the EU, as its GDPR⁵ is a golden standard in the field of data protection⁶ and its digital solutions are copied in different jurisdictions and applied by some companies at a global level.⁷ This is known as the Brussels's effect.⁸ Some authors have also theorized that there may be another trend of influence coming from China in the digital realm baptized as the Beijing's effect.⁹

1. China and Data Localization

7. China is the most famous example of a country with a strict data localization policy, but other States follow it to different degrees such as Russia,¹⁰ India, Indonesia or Vietnam¹¹. Cory and Dascoli describe China as the most data-restrictive country in the world, followed by Indonesia, Russia and South Africa.¹²

8. A good deal of the data collected or generated in China must be stored in its territory according to its Cybersecurity Law, Data Security Law and Personal Information Protection Law.¹³ This is coupled with the prohibition of some data overseas transfers. The Data Security Law expressly prohibits providing any data stored in China to law enforcement authorities or judicial bodies outside of China without prior Chinese government approval.

9. Data localization is highly effective as it gives Chinese public authorities unfettered access to the data. Abraha argues that, from the perspective of law enforcement access, data localization policies are perceived to serve a dual purpose: 'facilitative' and 'preventive'.¹⁴ They enable the law enforcement authorities within the imposing country or region to access data using domestic procedures and, at the same time, prevent foreign governments from having such straightforward access.

⁵ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, OJEU L 119, 4 May 2016, p. 1.

⁶ See G. BUTTARELLI, "The EU GDPR as a Clarion Call for a New Global Digital Gold Standard", *International Data Privacy Law*, vol. 6, n° 2, 2016, pp. 77-78 and A. MANTELERO, "The future of data protection: Gold standard vs. global standard" *Computer Law & Security Review*, vol. 40, 2021 <<https://doi.org/10.1016/j.clsr.2020.105500>> accessed 13 December 2022.

⁷ G. GREENLEAF and B. COTTIER, "2020 Ends a Decade of 62 New Data Privacy Laws", *Privacy Laws & Business International Report*, n° 163, 2020.

⁸ A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union rules the world*, Oxford University Press, 2020.

⁹ M. S. ERIE and T. STREINZ, "The Beijing effect: China's "digital silk road" as transnational data governance", *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 54, 2021.

¹⁰ See A. SAVELYEV, "Russia's new personal data localization regulations: A step forward or a self-imposed sanction?", *Computer Law & Security Review*, vol. 32, no. 1, 2016 <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364915001685>> accessed 13 December 2022.

¹¹ Even if Indonesia and Vietnam had loosened some of their data retentions restrictions, see A. BASU, "The Retreat of the Data Localization Brigade: India, Indonesia and Vietnam", *The Diplomat*, 10 January 2020 <<https://thediplomat.com/2020/01/the-retreat-of-the-data-localization-brigade-india-indonesia-and-vietnam/>> accessed 13 December 2022.

¹² N. CORY and L. DASCOLI, *How Barriers to Cross-Border Data Flows Are Spreading Globally, What They Cost, and How to Address Them*, Information Technology & Innovation Foundation, July 2021 <<https://www2.itif.org/2021-data-localization.pdf>> accessed 13 December 2022.

¹³ For a more detailed description of the data localisation regime, see Y. LUO, Z. YU and V. LIU, "The future of data localization and cross-border transfer in China: a unified framework or a patchwork of requirements?", *IAPP*, 22 June 2021 <<https://iapp.org/news/a/the-future-of-data-localization-and-cross-border-transfer-in-china-a-unified-framework-or-a-patchwork-of-requirements/>> accessed 13 December 2022.

Data localization mainly applies to "personal information" and "important data" in the hands of critical information infrastructure operators, but there are also requirements in sectoral laws for example dealing with automotive operators.

¹⁴ H. H. ABRAHA, "Law enforcement access to electronic evidence across borders: mapping policy approaches and emerging reform initiatives", *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 29, no. 2, Summer 2021, pp. 118–153, p. 130 <<https://doi.org/10.1093/ijlit/eaab001>> accessed 13 December 2022.

10. China's data localization has been extremely criticized from several perspectives. It is a building block of China's Social Credit System, which according to Greenleaf is emerging as the world's most pervasive and potentially totalitarian surveillance system¹⁵ and it is often cited as an example of how data localization can be used for political repression.¹⁶

11. Access Now considers that data localization in China threatens human rights while at the same time it is highly questionable its value for cybersecurity.¹⁷ In general, Freedom House argues that domestic data storage requirements place users' data firmly in the legal purview of governments, significantly enhancing authorities' surveillance capabilities by lowering access barriers to data. It highlights the risks for privacy, freedom of expression, access to information, press freedom, freedom of belief, non-discrimination, freedom of assembly and association and due process.¹⁸

12. Data localization also poses problems from an e-commerce perspective as it fragments markets.¹⁹ The EU and the US have criticised it in the framework of the WTO²⁰. The US considers it as a trade barrier.²¹ Some authors question how China could join the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) as it is its intention, considering that this free trade agreement strongly promotes free cross-border data flows by strictly prohibiting the data localization requirement, setting a relatively high threshold for government interventions to meet public policy objectives by applying the WTO type general exception clauses.²² In addition, Cory and Dascoli argue that restricting data flows has a statistically significant impact on a nation's economy—sharply reducing its total volume of trade, lowering its productivity, and increasing prices for downstream industries that increasingly rely on data.²³

2. The United States and the CLOUD Act

13. The US opted for quite a different solution. It passed the Clarifying Lawful Overseas Use of Data (CLOUD) Act in 2018. This legislative development was motivated by a case where Microsoft refused to comply with a US court warrant requesting the content of emails stored on a server in Ireland as part of a drug investigation that was taking place in the US. The case reached the Supreme Court (*United States of America v. Microsoft Corporation*).²⁴ However, before the case was decided the CLOUD Act was passed rendering it moot.

¹⁵ G. GREENLEAF, "Asia's Data Privacy Dilemmas 2014–19: National Divergences, Cross-Border Gridlock", *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*, vol. 4, 2019, pp. 49-73, p. 54.

¹⁶ D. SVANTESSON, *Data localisation trends and challenges: Considerations for the review of the Privacy Guidelines*, OECD Digital Economy Papers, No. 301, OECD Publishing, Paris, 2020.

¹⁷ ACCESS NOW, "A closer look at China's Cybersecurity Law — cybersecurity, or something else?" (13 December 2017) <www.accessnow.org/closer-look-chinas-cybersecurity-law-cybersecuritysomething-else/> accessed 13 December 2022.

¹⁸ A. SHAHBAZ, A. FUNK and A. HACKL, *User privacy or cyber sovereignty? Assessing the human rights implications of data localization*, Freedom House, 2020 <<https://freedomhouse.org/report/special-report/2020/user-privacy-or-cyber-sovereignty>> accessed 13 December 2022.

¹⁹ D. SVANTESSON, *op. cit.*

²⁰ *Joint Statement on Electronic Commerce. EU Proposal for WTO Disciplines and Commitments Relating to Electronic Commerce. Communication from the European Union*, 26 April 2019 <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/may/tradoc_157880.pdf> accessed 13 December 2022 and *Joint Statement on Electronic Commerce. Communication from the United States*, 26 April 2019 (leaked document).

²¹ See UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE, *2022 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers*, 2022 <<https://ustr.gov/sites/default/files/2022%20National%20Trade%20Estimate%20Report%20on%20Foreign%20Trade%20Barriers.pdf>> accessed 13 December 2022.

²² M. MORITA-JAEGER and G. LARBALESTIER, "The economics and politics of China's accession to the CPTPP", *UK Trade Policy Observatory*, 7 October 2021 <<https://blogs.sussex.ac.uk/uktpo/2021/10/07/chinas-accession-to-the-cptpp/>> accessed 13 December 2022. The authors consider that the CPTPP approach is completely different to China's state-led digital governance, which has a strong notion of data sovereignty with China strengthening its authoritarian power in laws on data over the last several years.

²³ N. CORY and L. DASCOLI, *op. cit.*

²⁴ For an in-depth study of the challenges presented by this case, A. J. COLANGELO and A. L. PARRISH, *International Law and Extraterritoriality: Brief of International and Extraterritorial Law Scholars as Amici Curiae (U.S. v. Microsoft)*, SMU Dedman School of Law Legal Studies Research Paper No. 382, 2018.

14. The first part of this federal law states that a provider of electronic communication service or remote computing service under US jurisdiction shall preserve, backup, or disclose the contents of a wire or electronic communication and any record or other information pertaining to a customer or subscriber within such provider's possession, custody, or control, regardless of whether it is located within or outside of the US. Thus, US authorities through a subpoena or warrant can compel Internet intermediaries to handle data even if it is stored abroad.

15. This is quite a useful solution for a country like the US because of the high number of relevant technological companies based in its territory. However, it will not be well suited for other countries where it would be way less effective as they would want to get data from intermediaries located elsewhere. In addition, this can create friction with the contradicting obligations for example if an American company must produce data against what is stated in the GDPR.²⁵

16. Further conflict with the US may be caused because the *Stored Communications Act* contains a blocking statute that forbids US providers to facilitate content data to a foreign authority if there is not an agreement between that State and the US. This will make it impossible for US-based intermediaries to comply in some cases with the future European production and preservation orders, explained *infra*. This is problematic because many of the data requests from the EU go to providers based in the US.

17. The second part of the CLOUD Act provides an expedited route to MLA treaties through executive agreements. The executive branch can enter into bilateral agreements with foreign countries to provide requested data related to its citizens in a streamlined manner. The first agreement of this kind was signed between the US and the UK. This Agreement on Access to Electronic Data for the Purpose of Countering Serious Crime²⁶ enables law enforcement authorities in either country to request and obtain electronic communications content data directly from service providers located in the other country without having to collaborate with the authorities of that State and, thus, avoiding the long procedure of MLA mechanisms.

18. The agreement between the US and the UK has a legitimate purpose and advantages such as regulating some practices that were already being carried out through informal channels. However, its evaluation is ambivalent. It has been considered a clear breakthrough by some²⁷ or a step back by others,²⁸ and its lack of reciprocity has also been criticised²⁹.

²⁵ See *Joint letter of the EDPB and the EDPS addressed to Juan Fernando López Aguilar, Chair of the LIBE Committee on 10 July 2019*. <https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/19-07-10_edpb_edps_cloudact_coverletter_en.pdf> accessed 13 December 2022. See T. CHRISTAKIS, 'Transfer of EU Personal Data to U.S. Law Enforcement Authorities After the CLOUD Act: Is There a Conflict with the GDPR?' in R. Milch, S. Benthall and A. Potcovaru (eds), *Cybersecurity and Privacy in a Globalized World - Building Common Approaches*, New York University School of Law, e-book, 2019, pp. 60–76 <<https://ssrn.com/abstract=3397047>> accessed 13 December 2022; and J. SHURSON, 'Data protection and law enforcement access to digital evidence: resolving the reciprocal conflicts between EU and US law', *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 28, no. 2, Summer 2020, pp. 167–184.

²⁶ *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United States of America on Access to Electronic Data for the Purpose of Countering Serious Crime*. <www.gov.uk/government/publications/ukusa-agreement-on-access-to-electronic-data-for-the-purpose-of-countering-serious-crime-cs-usa-no62019> accessed 13 December 2022.

²⁷ J. DASKAL and P. SWIRE, 'The U.K.-U.S. CLOUD Act Agreement Is Finally Here, Containing New Safeguards', *Lawfare*, 8 October 2019 <www.lawfareblog.com/uk-us-cloud-act-agreement-finally-here-containing-new-safeguards> accessed 13 December 2022.

²⁸ K. RODRIGUEZ and C. FISCHER, 'A Race to the Bottom of Privacy Protection: The US-UK Deal Would Trample Cross Border Privacy Safeguards', *Electronic Frontier Foundation*, 4 October 2019 <www.eff.org/deeplinks/2019/10/race-bottom-privacy-protection-us-uk-deal-would-trample-cross-border-privacy> accessed 13 December 2022.

²⁹ See E. MIGNON, 'The CLOUD Act: Unveiling European Powerlessness', *Revue européenne du droit*, vol. 1, 2020, pp. 108–116 <<https://legrandcontinent.eu/fr/2020/09/05/the-cloud-act-unveiling-european-powerlessness/>> and M. ROJSZCZAK, 'CLOUD act agreements from an EU perspective', *Computer Law & Security Review*, Vol. 38, 2020 <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364920300479#sec0005>> www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364920300479#sec0005 both accessed 23 December 2022.

19. The European Commission is currently negotiating an agreement with the US.³⁰ Some of the safeguards included in the Council mandate are: to ensure that data may not be requested for the use in criminal proceedings that could lead to the death penalty; to ensure necessity and proportionality of orders for access to electronic evidence, distinguishing in particular between data categories as appropriate; procedural safeguards for individuals subject to a data order in the framework of criminal proceedings; specific safeguards for data protected by privileges and immunities; and the confidentiality safeguards for authorities and service providers, including non-disclosure requirements.

20. The European Data Protection Supervisor (EDPS) recommended essential improvements and the reinforcement of several safeguards, notably the involvement of judicial authorities designated by the other Party to the agreement as early as possible in the process of gathering electronic evidence so that these authorities would have the possibility to review compliance of the orders with fundamental rights and raise grounds for refusal.³¹

21. In addition, there are some strong divergences between the EU and the US about what the scope and the architecture of this agreement should be. The US supports the conclusion of a framework agreement with the EU to be followed by bilateral agreements with Member States. While the EU wishes to arrive at a self-standing EU-wide comprehensive agreement and is opposed to solutions that might lead to fragmentation and unequal treatment between Member States.³²

22. Abraha argues that the new generation of agreements envisioned by the CLOUD Act could serve as a starting point toward a cooperative future, and the envisaged EU–US agreement would be a breakthrough in addressing the cross-border data access problem. However, the negotiation will be a delicate task that requires grappling with complex policy issues and compromising on long-standing differences around privacy and security.³³

23. As the agreement with the UK was the first to be finalized it can be considered as a blueprint for the future ones. It contains fewer safeguards regarding the protection of fundamental rights than those required by the EU mandate so the negotiations should be closely followed.³⁴

3. The European Union and the European Production and Preservation Orders

24. The European Commission proposed the creation of two new co-operation mechanisms³⁵:

³⁰ See Council Decision of 6 June 2019 authorising the opening of negotiations with a view to concluding an agreement between the European Union and the United States of America on cross-border access to electronic evidence for judicial cooperation in criminal matters.

³¹ See EDPS, *Opinion 2/2019 on the negotiating mandate of an EU-US agreement on cross-border access to electronic evidence*.

³² See T. CHRISTAKIS and F. TERPAN, 'EU–US negotiations on law enforcement access to data: divergences, challenges and EU law procedures and options', *International Data Privacy Law*, 2021 <<https://doi.org/10.1093/idpl/ipaa022>> accessed 13 December 2022.

³³ H.H. ABRAHA, *op. Cit.*, p. 151.

³⁴ T. CHRISTAKIS, '21 Thoughts and Questions about the UK/US CLOUD Act Agreement: (and an Explanation of How it Works – With Charts)', *European Law Blog*, 13 October 2019 <<https://europeanlawblog.eu/2019/10/17/21-thoughts-and-questions-about-the-uk-us-cloud-act-agreement-and-an-explanation-of-how-it-works-with-charts/>> accessed 13 December 2022.

³⁵ Gómez Amigo finds paradoxical that the Commission Proposal characterizes the orders as instruments of mutual recognition in the field of criminal judicial cooperation, but it articulates a system, not of direct communication between judicial authorities, but between a judicial authority and a service provider, which is a private entity. Even if the author welcomes the Proposal, he finds concerning that the judicial control in the executing State will not happen in most cases, in a matter that fully affects personal data and privacy and, therefore, fundamental rights. See L. GÓMEZ AMIGO, "Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas penales electrónicas: una regulación que se aproxima". *Revista Española de Derecho Europeo*, vol. 71, 2019, pp. 23-56. In the same vein, Laro González concludes that we are once again witnessing the debate on whether security or greater protection of procedural rights and guarantees should prevail. See M. E. LARO GONZÁLEZ, "Prueba penal

the European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters.³⁶ The European Production Orders (EPO) are binding decisions to produce electronic evidence, while the European Preservation Orders (EPO-PR) serve to preserve electronic evidence in view of a subsequent request for production. These last ones will be used to prevent the removal, deletion or alteration of relevant data in situations where it may take more time to obtain the production of this data, for example, because of the recourse to judicial cooperation channels.

25. The Regulation distinguishes four categories of data: subscriber data, access data, transactional data and content data. The Court of Justice of the EU (CJEU) has already stated that metadata of communications may allow very precise conclusions to be drawn concerning the private lives of people, such as the habits of everyday life, permanent or temporary places of residence, daily or other movements, the activities carried out, the social relationships of those persons and the social environments frequented by them.³⁷ Nonetheless, it has also been stated that the retention of different kinds of data may present different levels of interference with the right to respect private life. Thus, traffic and location data require further safeguards than IP (Internet Protocol) addresses or data relating to the civil identity of users of electronic communications systems.³⁸

26. For an EPO to produce transactional and content data, a judge is required, while for subscriber or access data or an EPO-PR, they can be issued also by a prosecutor.³⁹ An EPO to produce subscriber or access data or an EPO-PR can be issued for any criminal offence, while transactional and content data are subject to stricter requirements to reflect the more sensitive nature of such data and the correspondingly higher degree of invasiveness. EPOs for transactional or content data can only be issued for offences which carry a maximum custodial sentence of at least 3 years or more, exceptions are made for specific harmonised offences for which evidence will typically be available mostly only in electronic form, such as fraud and counterfeiting of non-cash means of payment or attacks against information systems (none goes below a maximum threshold of 1 year).

27. These orders would enable the authorities of member States to seek directly data that is stored by a service provider located in another jurisdiction without going through the authorities of that State. Upon receipt of the EPO, the service provider shall ensure that the requested data is transmitted

transfronteriza: de la orden europea de investigación a las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas”, *Revista de Estudios Europeos*, vol. 79, 2022, pp. 285-303, p. 299

³⁶ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters, COM/2018/225 final. For a more detailed analysis of this proposal, see A. GASCÓN MARCÉN, ‘Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas: Evaluación de la propuesta de la Comisión Europea’ in Ana Sánchez Rubio (coord.), José Miguel Martín Rodríguez (dir.), Laura García-Álvarez (dir.), *El mercado único en la Unión Europea: balance y perspectivas jurídico-políticas*, Dykinson, 2019 and A. GASCÓN MARCÉN, ‘Improving access to electronic evidence: the European normative struggle’ in *Cybercrime: new threats, new responses*, Huygens, 2020.

³⁷ Judgment of the CJEU of 8 April 2014, *Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Commissioner of the Garda Síochána, Ireland, and The Attorney General, (C-293/12) and Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl and others (C-594/12)* ECLI:EU:C:2014:238, para. 27.

³⁸ Judgement of the CJEU of 6 October 2020, *La Quadrature du Net, French Data Network, Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs, Igwan and Ordre des barreaux francophones et germanophone, Académie Fiscale ASBL, UA, Liga voor Mensenrechten ASBL, Ligue des Droits de l'Homme ASBL, VZ, WY, XX v. Conseil des ministres*, C-511/18, C-512/18 and C-520/18.

³⁹ López Jiménez criticises this distinction because this can give rise to problems since it can happen that a prosecutor issues a EPO-PR, but is not competent to issue the subsequent EPO, if it refers to transaction or content data. And similarly, as the issuance of EPOs relating to these transaction and content data is subject to a series of specific requirements, it may also happen that, once a EPO-PR has been issued by a public prosecutor or even by a judge, however, later it is not possible to request them by means of a EPO, if these requirements are not met. For all these reasons, López Jiménez considers that the most logical thing would be to assimilate the issuing authorities and the requirements depending on whether it is a question of obtaining or keeping subscriber and access data, on the one hand; and transaction or content data, on the other. In short, she sees no point in making distinctions between EPOs and EPO-PRs, for these purposes. See R. LÓPEZ JIMÉNEZ, “El nuevo marco jurídico transfronterizo de las pruebas electrónicas. Las órdenes de entrega y conservación de las pruebas electrónicas”, *Revista General de Derecho Europeo*, N.º. 49, 2019, pp. 307-240, p. 339.

directly to the issuing authority or the law enforcement authorities indicated in the EPO within 10 days. In emergency cases, it must transmit the requested data without undue delay, within 8 hours upon receipt of the EPO.⁴⁰ In the Commission's proposal, in most cases, the provider would have been the only one in the position to oppose the execution of an EPO. The direct involvement and responsibilities of service providers in the assessments of law enforcement requests for data is problematic and deserves utmost attention because it cannot pre-empt nor replace the involvement of independent judicial actors, nor substitute for their scrutiny over a cross-border request for access to data.⁴¹ Therefore, a mechanism of notification is very important, as explained *infra*.

28. To cover service providers who are not established in a Member State but offer their services in the EU, the Commission proposed the obligation for them to appoint a legal representative in one Member State.⁴² It is feared that this kind of mechanism could be replicated by States who do not respect human rights or the rule of law to get information to prosecute human rights activists or political opposition leaders.

29. Regarding the proposal, Böse recommended: to reconsider whether and to what extent recourse to the European Investigation Order (EIO) could be an alternative option to the creation of the EPO or the EPO-PR, in particular for the disclosure of content and transactional data; that the new cooperation regime should provide for a notification of the Member State in whose territory the service provider is based and, thereby, enable the competent authority of that State to decide on whether or not the order shall be executed; and that the individual to whom the requested data pertains should have a judicial remedy both in the issuing and in the executing States, and he/she shall be informed about the data production and the available remedies in both.⁴³

30. Some authors asked for the EU to withdraw the proposal because of the lack of evidence of its added value, necessity and proportionality; its incompatibility with the principles and rules governing criminal justice cooperation; and legal uncertainty.⁴⁴ The Meijers Committee also criticized that the proposal lacked binding rules on effective remedies and suggested to consider the possibility of explicitly allowing individuals to bring their complaints before a court in their State of residence.⁴⁵

31. The European Data Protection Board (EDPB) was also very critical. It considered that the necessity of a new instrument compared to the existing EIO or MLA should be better demonstrated, including with a detailed analysis of less intrusive means with regards to fundamental rights such as amendments of these existing instruments or the restriction of the scope of this instrument to preservation orders in combination with other existing procedures to request access to the data. The EDPB also made some suggestions to improve the EPO regarding data protection: the Regulation should provide

⁴⁰ In the Commission's proposal, it was 6 hours and in the Parliament's negotiating position 16, so 8 hours was a compromise agreed in the trilogue with the Council.

⁴¹ M. STEFAN and G. GONZÁLEZ FUSTER, *Cross-border Access to Electronic Data through Judicial Cooperation in Criminal Matters. State of the art and latest developments in the EU and the US*, CEPS Papers in Liberty and Security in Europe No. 2018-07, CEPS, 2018, p. 50. <www.ceps.eu/system/files/MS%26GGF_JudicialCooperationInCriminalMatters.pdf> accessed 13 November 2022.

⁴² Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on the appointment of legal representatives for the purpose of gathering evidence in criminal proceedings, COM/2018/226 final. This requirement to appoint a representative in one of the Member States of the EU is a common trend in the recent legislation of the EU dealing with digital platforms, see A. GASCÓN MARCÉN, "El Reglamento General de Protección de Datos como modelo de las recientes propuestas de legislación digital europea", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 13, no. 2, 2021, pp. 209-232.

⁴³ M. BÖSE, *An assessment of the Commission's proposals on electronic evidence*, European Parliament 2018, p. 48. <[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604989/IPOL_STU\(2018\)604989_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604989/IPOL_STU(2018)604989_EN.pdf)> accessed 13 December 2022.

⁴⁴ S. CARRERA, M. STEFAN and V. MITSILEGAS, *Cross-border data access in criminal proceedings and the future of digital justice*, CEPS, 2021.

⁴⁵ MEIJERS COMMITTEE, *Comments on the proposal for a regulation on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters*, CM1809 (2018) <www.commissie-meijers.nl/sites/all/files/cm1809_e-evidence_note.pdf> accessed 13 December 2022.

for a longer deadline to allow the executing service provider to ensure safeguards regarding the protection of fundamental rights; the scope of the Regulation should be restricted to controllers in the sense of the GDPR or it should include a provision that in the event where the service provider addressed is not the controller of the data but the processor, the latter is obliged to inform the controller; the Regulation should include safeguards concerning data transfers in case the service provider would be established in a third country without adequacy decision in this field or refer to the Directive 2016/680 as these safeguards will be applicable; since the mandatory designation of a legal representative differs from the GDPR, the Regulation should precise that the legal representative designated under the e-Evidence Regulation should be distinct from the one designated under the GDPR; and there should be a broader definition of electronic communication data to ensure that the appropriate safeguards and conditions for access to be established cover both non-content and content data.⁴⁶

32. The EDPS supported many of these recommendations and argued that effective protection of fundamental rights in this context requires a degree of involvement of judicial authorities of the enforcing Member State. He therefore recommended involving systematically judicial authorities designated by the enforcing Member State as early as possible in the process of gathering electronic evidence to give these authorities the possibility to effectively and efficiently review compliance of the orders with the Charter of Fundamental Rights of the EU and ensure the obligation for these authorities to raise grounds for refusal on that basis.⁴⁷ These are similar ideas than the ones expressed in relation to the EU-US agreement explained *supra*.

33. The Commission proposal had to be adopted through an ordinary legislative procedure. Therefore, it needed the agreement of the Council of the EU and the European Parliament. Within the Council, discussions were centered mainly around the concept proposed by the Commission to serve an EPO directly to the service provider or its legal representative without the involvement of the Member State where the latter is located (i.e., the executing State), the definition of service provider, the immunities and privileges, the review procedure in case of conflicting obligations, and the sanctions for non-compliance with the obligations under the regulation.⁴⁸

34. The problem of the lack of notification to the State was resolved through the incorporation of an article that established that, in cases where the EPO concerns content data, and the issuing authority has reasonable grounds to believe that the person whose data is sought is not residing on its territory, the issuing authority shall submit a copy of the EPO to the competent authority of the executing State at the same time that the EPO is submitted to the service provider.⁴⁹ Although the Council reached an agreement on the text to adopt a General approach and negotiate with the European Parliament, this consensus was only superficial because the Member States were divided. In fact, four States fully opposed the transactional text. The most vocal was the Netherlands, which denounced that there was an intense pressure to close the negotiations within the Council quickly and the result opened the way for abuse by EU countries that lack sufficient guarantees over the rule of law and fundamental rights.⁵⁰

⁴⁶ See EDPB, *Opinion 23/2018 on Commission proposals on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters*.

⁴⁷ EDPS, *Opinion 7/2019 on Proposals regarding European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters*, 13. <https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/19-11-06_opinion_on_e_evidence_proposals_en.pdf> accessed 13 December 2022.

⁴⁸ See *General approach: Regulation of the European Parliament and of the Council on European production and preservation orders for electronic evidence in criminal matters*, 30 November 2018, Doc. 15020/18.

⁴⁹ For a further study on the issue of notification, see T. CHRISTAKIS, 'E-evidence in the EU Council: the key issue of when one Member State can review the requests from another', *Cross-Border Data Forum*, 1 October 2018 <www.crossborderdataforum.org/e-evidence-in-the-eu-council-the-key-issue-of-when-one-member-state-can-review-the-requests-from-another/> accessed 13 December 2022, and T. CHRISTAKIS, 'Lost in notification? Protective logic as compared to efficiency in the European Parliament's e-evidence Draft Report', *Cross-Border Data Forum*, 7 January 2020 <www.crossborderdataforum.org/lost-in-notification-protective-logic-as-compared-to-efficiency-in-the-european-parliaments-e-evidence-draft-report/> accessed 13 December 2022,

⁵⁰ Financial Times, 'EU Governments approve draft rules on sharing 'e-evidence'', *Financial Times*, 7 December 2018 <www.ft.com/content/63a6105a-fa24-11e8-af46-2022a0b02a6c> accessed 13 December 2022.

35. In a letter signed by several NGOs specialized in the defense of the human rights of Internet users such as Access Now, EDRi or the Electronic Frontier Foundation and addressed to the Member States, they raised several issues regarding the General approach. They considered that: it greatly reduced the possibility for enforcing authorities to refuse recognition and enforcement of an order based on a violation of the Charter of Fundamental Rights of the EU; wrongly assumed non-content data is less sensitive than content data, contrary to case law of the CJEU and the European Court of Human Rights; contemplated the possibility to issue orders without court validation, disregarding what the CJEU had consistently ruled; did not provide legal certainty; and undermined the role of executing States, thereby undermining judicial cooperation.⁵¹

36. The European Parliament and the Council agreed on a common text through trilogue negotiations, but they were quite difficult. Bertuzzi reported that, while some progress was made on technical details, the provision for notifying the authorities of the executing State remained a blocking issue.⁵² He also explained that, since the Council approved its general position in 2018 (it had to be revised), many States had changed their position and opposed the notification system, arguing that it would bring back territoriality and undermine the rationale and effectiveness of the proposal.

37. Twenty-five professional organisations including media and journalists' associations, civil society groups, and Internet companies published an open letter demanding stronger safeguards for fundamental rights for the trilogue negotiations. They asked for a systematic and meaningful involvement of the executing State; protection for lawyers, doctors and journalists; and that all orders were subject to judicial authorization.⁵³

38. In its negotiating position, the European Parliament agreed on: adding mandatory notification (only to the executing State); modifying data categories; introducing grounds for non-recognition or non-execution of orders; written consent requirement when the issuing State is subject to Article 7 TFEU procedure on the Rule of law; reinforcing provisions on effective remedies; extending the deadline for emergency cases to 16 hours; and providing for a common EU exchange system with secure channels for the transmission of orders and of requested data.⁵⁴

39. The three last issues to be resolved in the trilogue were: the rules relating to the system for notifying orders, where the Parliament insisted on a mandatory notification system for all orders concerning traffic or content data, irrespective of the basis for the criminal proceedings in the issuing Member State for which those data are required, while the Council was unable to approve such a solution; the rules relating to the data protection regime, for which some technical and substantive issues remained unresolved; and the content of the list of grounds for refusal to enforce an order.⁵⁵

40. The Council managed to impose the 'residence criterion', which means that if the individuals concerned are residents in the Member State issuing the order, there is no need to inform the

⁵¹ See *Joint Civil society letter to Member States about their draft position on "e-evidence"*, 5 December 2018). <https://edri.org/files/20181203_e-evidence_civilsocietyletter.pdf> accessed 13 December 2022.

⁵² L. BERTUZZI, 'e-Evidence regulation: controversy continues in trilogue discussions', *Euractiv*, 26 May 2021, updated: 2 June 2021 <www.euractiv.com/section/data-protection/news/e-evidence-regulation-controversy-continues-in-trilogue-discussions/> accessed 13 December 2022.

⁵³ *Joint letter on trilogue negotiations on the e-evidence proposal European media and journalists, civil society groups, professional organisations and technology companies call on decision makers to protect fundamental rights* (18 May 2021). <www.ebu.ch/files/live/sites/ebu/files/News/Position_Papers/open/2021_05_18_EvidenceJointLetter_18May2021.pdf> accessed 13 December 2022.

⁵⁴ S. VORONOVA, "European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters", Legislative Train Schedule, European Parliament, 20 November 2022. <<https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-new-push-for-european-democracy/file-jd-cross-border-access-to-e-evidence-production-and-preservation-orders>> accessed 13 December 2022.

⁵⁵ Presidency of the Council of the EU, *Progress report on Regulation on European Production and Preservation Orders for electronic evidence and Directive on legal representatives for gathering evidence*, 23 May 2022, doc.: 8484/22. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9296_2022_INIT&from=EN> accessed 13 December 2022.

authorities of the executing State where their data is stored, and the notification will not be required if the requested information can merely identify a person. In exchange, the European Parliament obtained the suspensive effect of the notification (only for ordinary cases but not emergency ones).

41. EDRi has been very critical of the weakening of the notification system reached by the Council for three reasons. First, no notification is required when the investigative authority seeks subscriber data and traffic data for the sole purpose of identifying the suspect (in most cases, IP addresses). However, identity data can become very sensitive in cases where it discloses the identity of whistleblowers, protesters or investigative journalists and it can put their personal safety at grave risk. Second, the exception to the notification rule when the issuing authority believes that the person whose data is sought is residing on the territory of its Member State leaves the assessment of where the person lives at the sole discretion of the issuing State. This represents a major loophole that can be easily abused to circumvent the notification requirement. Third, the rules to re-use data in other proceedings or to transmit it to another Member State could also be used to circumvent the notification procedure. This undermines the case-by-case review of necessity and proportionality afforded by the notification system.⁵⁶

42. The European Parliament also achieved in the trilogue that the executing Member States might contest the order if it goes against fundamental rights or immunities enshrined in its legal framework, including press freedom. Furthermore, special safeguards from alleged fundamental rights violations have been introduced to refuse orders issued by Member States whose rule of law has been officially called into question in the EU, as is currently the case of Hungary and Poland.⁵⁷ Another improvement from the proposal is the creation of a decentralised IT system that will be hosted by the European Commission and will serve to channel the orders to make sure they are authentic and secure.⁵⁸

43. On 28 June 2022, there was an agreement in the trilogue on the core elements of the instruments, including the scope of the notification. Finally, the Council, Parliament and Commission reached a political agreement on 29 November, pending the final vote both in the Council and the Parliament.

III. The Second Protocol to the Budapest Convention

44. As it has been shown in the previous section, States try to improve their access to electronic evidence through different solutions, but this creates conflicts of laws and may position companies in the difficult situation where abiding by one law may result on breaching another. That is why a common solution through international law and particularly a multilateral treaty could be desirable.

45. The Council of Europe seems the perfect framework for this initiative as it is focused on improving the rule of law, democracy and human rights and from this perspective has promoted cooperation in criminal matters.⁵⁹ It is important to include human rights expertise in any such endeavor.

⁵⁶ C. BERTHÉLÉMY, “e-Evidence” trilogues: what’s left of fundamental rights safeguards?”, EDRi · 22 November 2022 <<https://edri.org/our-work/e-evidence-trilogues-whats-left-of-fundamental-rights-safeguards/>> accessed 13 December 2022.

⁵⁷ L. BERTUZZI, “EU co-legislators agree on ‘key elements’ of electronic evidence package”, *EURACTIV*, 29 June 2022 <<https://www.euractiv.com/section/digital/news/eu-co-legislators-agree-on-key-elements-of-electronic-evidence-package/>> accessed 13 December 2022.

⁵⁸ L. BERTUZZI, “EU settles rules for accessing electronic evidence across borders”, *EURACTIV*, 30 November 2022, <<https://www.euractiv.com/section/data-protection/news/eu-settles-rules-for-accessing-electronic-evidence-across-borders/>> accessed 13 December 2022.

⁵⁹ See the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (ETS 30), European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters (ETS 73), European Convention on the Suppression of Terrorism (ETS 90), Criminal Law Convention on Corruption (ETS 173), Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism (CETS 196), Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism (CETS 198), etc.

46. The Council of Europe is quite advanced in looking for solutions to digital problems from a human rights perspective. Currently the work of CAI to create a legal framework for Artificial Intelligence is noteworthy. It also has an important tradition on the matter that started with the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (Convention 108), which has been ratified not only by most European States but also non-European States such as Argentina, Cabo Verde, Mauritius, Mexico, Morocco, Senegal, Tunisia or Uruguay.⁶⁰

47. The Convention on Cybercrime (known as the Budapest Convention) is an example of a leader in its field, which is also open to signatories outside of Europe. It has been ratified by 68 States, among them the US, Brazil or Japan.⁶¹ In addition, there are more than 20 States with laws largely in line with the Convention and more than 50 further States drawing on the Convention in their legislation.⁶² This means that the Budapest Convention has a global impact.⁶³

48. Even if the Cybercrime Convention Committee (T-CY) issued several Guidance Notes aimed at facilitating the effective use and implementation of the Convention in the light of legal, policy and technological developments, it was necessary to update it. The T-CY saw the need to improve access to e-evidence stored in the cloud. The drafting of a Protocol to the Convention was decided in 2017 and finished in 2021, after several rounds of consultations.

49. The Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced cooperation and disclosure of electronic evidence provides for: direct cooperation with service providers (Article 6) and domain name registration services in other Parties for the disclosure of information to identify suspects (Article 7); expedited forms of cooperation between Parties for the disclosure of subscriber information and traffic data (Article 8); expedited cooperation and disclosure in emergency situations (Articles 9 and 10); additional tools for mutual assistance such as video conferencing and joint investigation teams and joint investigations (Articles 11 and 12); and data protection and other rule of law safeguards (Articles 13 and 14).⁶⁴

50. The expedited mechanism for cooperation (Article 8) is applied both to traffic data and subscriber information, but not content data. The requested Party, from the date of receipt of the request shall make reasonable efforts to serve the service provider within 45 days, if not sooner, and shall order a return of requested information or data no later than 20 days for subscriber information and 45 days for traffic data. This mechanism does not imply a direct request from the authorities of a State to the intermediary situated in another State, the request passes through the authorities of the second State through a quicker and streamlined MLA process.

51. The Protocol also creates a mechanism for authorities in one Party to directly require data to service providers located in another Party in an analogous way to the EU EPO and the executive agreements under the CLOUD Act already explained. However, this mechanism is limited to subscriber

⁶⁰ See O. J. GSTREIN, 'The Council of Europe as an Actor in the Digital Age: Past Achievements, Future Perspectives', *Festschrift der Mitarbeiter*Innen und Doktorand*Innen zum*, 2019, pp. 57-90 <www.ejtn.eu/PageFiles/17861/The%20Council%20of%20Europe%20as%20an%20actor%20in%20the%20Digital%20Age.pdf> accessed 13 December 2022.

⁶¹ It has been ratified by all the Member States of the Council of Europe (except for Ireland, which has the intention to do it), but also Argentina, Australia, Brazil, Cabo Verde, Canada, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominican Republic, Ghana, Israel, Japan, Mauritius, Morocco, Nigeria, Panama, Paraguay, Peru, Philippines, Senegal, Sri Lanka, Tonga and the US.

⁶² See Council of Europe, *Cybercrime@COE Update. April - June 2021*. <<https://rm.coe.int/cybercrime-coe-update-2021-q2-final/1680a33292>> accessed 13 December 2022.

⁶³ In addition, the Cybercrime Convention Committee (T-CY) has as observers the African Union Commission, the Commonwealth Secretariat, the EU (European Commission, Council of the EU, ENISA, EUROJUST and EUROPOL), INTERPOL, ITU, OAS, OECD, OSCE, UNODC and G7.

⁶⁴ *Enhanced cooperation on cybercrime and electronic evidence: Towards a Protocol to the Budapest Convention* (version 14 April 2021) <<https://rm.coe.int/towards-2nd-additional-protocol/1680a22487>> accessed 13 December 2022.

information and domain name registration information. Subscriber information⁶⁵ is extremely useful for the first steps of police investigations and it is the most often sought out information in criminal investigations. In addition, it is considered less sensitive than content or traffic data, according to the Explanatory Report of the Protocol “it does not allow precise conclusions concerning the private lives and daily habits of individuals concerned, meaning that its disclosure may be of a lower degree of intrusiveness compared to the disclosure of other categories of data.”⁶⁶

52. Regarding notification, the Protocol establishes that a Party may require simultaneous notification of any order issued to a service provider in its territory, together with supplemental information and a summary of the facts related to the investigation or proceeding. This issue so controversial in the EU negotiations of the EPO is voluntary in the Protocol and each Party may decide if they require it or not. Nevertheless, it seems highly advisable that the States ask for this notification. The notified authorities can instruct the service provider not to disclose the information given certain conditions. As noted by the European Internet Services Provider Association (EuroISPA) “it is unclear why such an important additional safeguard that provides legal certainty for both the service provider and the affected user shall be left to the discretion of each party to be implemented.”⁶⁷

53. If a service provider informs the requesting authority that it will not disclose the subscriber information sought, or if it does not do it within 30 days of receipt of the order, the competent authorities of the issuing Party may then seek to enforce the order through other MLA mechanisms including the expedited procedure explained *supra*. Parties may request that a service provider give a reason for refusing to disclose the subscriber information sought by the order. As these direct mechanisms are controversial in some cases, the Protocol gives the possibility to the parties to reserve the right not to apply this Article.

54. The drafting process of the Protocol included Parties not subject to Council of Europe instruments on data protection nor to EU data protection rules. According to its Explanatory Report “significant efforts were undertaken to ensure a balanced Protocol reflective of the many legal systems of States likely to be Parties to the Protocol while respecting the importance of ensuring the protection of privacy and personal data as required by the constitutions and international obligations of other Parties to the Convention.”

55. Many of the parties to the Budapest Convention are parties to the European Convention on Human Rights and Convention 108, but others do not. The US lacks even a general data protection law.⁶⁸ Therefore, an article was included with specific safeguards for the protection of personal data (purpose limitation, quality and integrity of the data, retention periods, automated decisions, sensitive data, data security and security incidents, oversight, judicial and non-judicial remedies, etc.). It is quite a long Article as it tries to distil the essential elements of the EU data protection framework and Convention

⁶⁵ Subscriber information is defined as any information contained in the form of computer data or any other form that is held by a service provider, relating to subscribers of its services other than traffic or content data and by which can be established: the type of communication service used, the technical provisions taken thereto and the period of service; the subscriber’s identity, postal or geographical address, telephone or other access number, billing and payment information, available on the basis of the service agreement or arrangement; any other information on the site of the installation of communication equipment, available on the basis of the service agreement or arrangement. Information needed for the purpose of identifying a subscriber of a service may include certain Internet Protocol (IP) address information.

⁶⁶ *Explanatory report of the Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced co-operation and disclosure of electronic evidence* (28 May 2021), p. 46. <<https://rm.coe.int/0900001680a2aa1c>> accessed 13 December 2022.

⁶⁷ EuroISPA, *EuroISPA’s comments on the provisional text of the 2nd Additional Protocol to the Budapest Convention on Cybercrime* (2019) <<https://rm.coe.int/euroispa-2929-comments-to-5th-round-draft-provisions-2nd-add-protocol/1680a16180>> accessed 13 December 2022.

⁶⁸ See M. BARRIO ANDRÉS, “La regulación del derecho a la protección de datos en los Estados Unidos: hacia un RGPD norteamericano”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 14, N° 2, 2022, pp. 186-193. The author gives an overview of the current regime in the United States, that includes sectoral laws and the recent data protections laws approved by some States such as California, and the discussions about the drafting of the American Data Privacy and Protection Act at federal level.

108+.⁶⁹ Although Access Now has argued that it may be incompatible with the GDPR for not offering enough safeguards.⁷⁰

56. During the negotiations several rounds of consultations were open to civil society, data protection authorities and industry to comment on the different compromise texts.⁷¹ However, more than 40 NGOs (European Digital Rights, Electronic Frontier Foundation, etc.) urged the Council of Europe's Parliamentary Assembly to give them more time to provide feedback on the Protocol to improve its human rights safeguards as the last round of consultations over the final text only lasted three weeks.⁷²

57. Several NGOs have criticized the final version of the Protocol because, in their opinion, it could allow intrusive measures with potential for serious interference with human rights.⁷³ They are very critical with the direct cooperation mechanism because it encourages the voluntary disclosure of personal data outside of a proper legal framework involving independent judicial authorities in Parties on both sides. In addition, the Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE) stressed that direct private-public cooperation for cross-border data gathering cannot be considered "a satisfactory alternative to judicial cooperation" and these mechanisms undermine the "essential duties of national judicial authorities to ensure that the rights of its citizens are not infringed, compromised or undermined".⁷⁴

58. The NGOs recommended that judicial authorization should be mandatory for all production orders under the Protocol. They also considered that the scope of the definition of subscriber data was overbroad and failed to exclude data categories that would reveal precise conclusions concerning the private lives and daily habits of a subscriber.

59. They also recommended that Parties to the Additional Protocol should be required to accede to Convention 108+. Ideally the parties of the Budapest Convention would ratify Convention 108+ and this would improve data protection in those countries not only because of the obligations that derive from the treaty but also because of the screening process to join it. Most parties to the Budapest Convention are already parties to Convention 108. Nevertheless, it is highly unlikely that all the parties to the Budapest Convention will ratify Convention 108+ in the short term, see, for example, the US. Therefore, it was not a real option that the negotiating States established this as a requirement to ratify the Protocol.

60. Cristina Schulman, Chair of the T-CY, stated that "the process of negotiations was not an easy path", however "it is an outstanding achievement to have reached consensus on an instrument that is breaking new ground and foresees strong data protection standards".⁷⁵ The negotiation included experts from the 66 States Parties to the Budapest Convention at the time from Africa, America, Asia-Pacific and Europe. This had as a result a complex text that had to accommodate different perspectives,

⁶⁹ Convention 108 was modernized by a Protocol amending it in 2018 (CETS No. 223). The modernised version is known as Convention 108+.

⁷⁰ ACCESS NOW, *Access Now's comments on the draft 2nd Additional Protocol to the Budapest Convention on Cybercrime* (30 April 2021) <<https://rm.coe.int/0900001680a25783>> accessed 13 December 2022.

⁷¹ Consultations with civil society, data protection authorities and industry on the 2nd Additional Protocol to the Budapest Convention on Cybercrime, <www.coe.int/en/web/cybercrime/protocol-consultations> accessed 13 December 2022.

⁷² EDRI, *Civil society warn against rushed global treaty for intrusive cross-border police powers* <<https://edri.org/our-work/civil-society-warn-against-rushed-global-treaty-for-intrusive-cross-border-police-powers/>> accessed 13 December 2022.

⁷³ *Joint letter Subject: 6th round of consultation on the Cybercrime Protocol and civil society participation* (2 May 2021) <https://edri.org/wp-content/uploads/2021/05/20210420_LetterCoEcyberCrimeProtocol_6thRound.pdf> accessed 13 December 2022.

⁷⁴ CCBE, *Comments Draft 2nd Additional Protocol to the Convention on Cybercrime Provisional draft text of provisions (1 October 2019) on Language of requests, Emergency MLA, Video conferencing, direct disclosure of subscriber information, and giving effect to orders from another Party for expedited production of data* (8 November 2019) <<https://rm.coe.int/ccbe-written-comments-draft-2nd-additional-protocol-to-the-convention-/168098bc6e>> accessed 13 December 2022.

⁷⁵ *E-evidence Protocol approved by Cybercrime Convention Committee* (31 May 2021) <www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/-/e-evidence-protocol-approved-by-cybercrime-convention-committee> accessed 13 December 2022.

legal traditions and constitutional requirements. That is why it has several Articles that include the possibility to reserve its application or ask for additional requirements at the time of signature of the Protocol or when depositing the instrument of ratification, acceptance, or approval.

61. Daskal and Kennedy-Mayo argue that the most dramatic, far-reaching provision of the Protocol is the mechanism for direct cooperation between law enforcement in one country and Internet intermediaries in another, but, in their opinion, even this is a ‘modest step’ as it applies *only* to subscriber information.⁷⁶

62. Nevertheless, Carrera *et al.* consider that the lack of involvement of the authorities in the country of execution, and large discretion left in the definition of who is an issuing authority, become especially problematic considering the very broad interpretation that the explanatory report to the draft provision gives to the term ‘subscriber information’. They are quite critical with the Protocol and highlight the manifold potential antinomies that it could generate with EU criminal justice and data protection laws, but also with the legal framework established under other CoE instruments, most notably the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Convention 108+.⁷⁷

63. In the view of Daskal and Kennedy-Mayo, the provisions of the Protocol are a welcome step forward, but need to also come with transparency, oversight, and further protections against abuse. States and many outside observers are worried about a ‘law enforcement free-for-all’, pursuant to which any government actor anywhere can simply compel production of data anywhere under domestic authority alone. This raises a fear of governments seeking access to data to harass and abuse, rather than investigate legitimate and properly predicated crime. They argue that these are critical considerations to take into account, although the risks can and should be mitigated by the application of and insistence on baseline procedural and substantive rules; careful review, audits and other oversight of the factual predicate for investigations; and refusal by platforms and governments to cooperate with governments that repeatedly violate core rights and freedoms.⁷⁸

64. Spiezia considers that the Protocol will help relaunch the applicative sphere of the Budapest Convention, confirming its centrality in the procedures of international cooperation in the investigation of crimes committed through the Internet and as regards any other form of crime in relation to which the acquisition of digital evidence is necessary. The Protocol reinforces some of the positive aspects that had already emerged in the Convention, such as that of the relationships of suppliers of digital services, whose framework of relations with the requesting authority is definitively clarified. The overall regulatory framework is improved, placing the cooperative dimension at the centre. Spiezia underlines that the tools made available to national judicial authorities have clearly been enriched and applauds that, ultimately, it is the entire new legal framework that moves along the common thread of ensuring greater justice for victims, while ensuring that the risk of accountability for their acts is significantly greater for perpetrators.⁷⁹

65. Alexander Seger, Executive Secretary of the T-CY, stated that “with this Protocol, the Budapest Convention will remain highly relevant and will continue to stand for a free and open Internet,

⁷⁶ J. DASKAL and D. KENNEDY-MAYO, ‘Budapest Convention: What is it and how is it Being Updated?’, *Cross Border Data Forum*, 2 July 2020 <https://www.crossborderdataforum.org/budapest-convention-what-is-it-and-how-is-it-being-updated/#_edn21> accessed 13 December 2022.

⁷⁷ S. CARRERA, M. STEFANN and V. MITSILEGAS, *op. cit.*, pp. 42-43.

⁷⁸ J. DASKAL and D. KENNEDY-MAYO, *op. cit.*

⁷⁹ F. SPIEZIA, ‘International cooperation and protection of victims in cyberspace: welcoming Protocol II to the Budapest Convention on Cybercrime’, *ERA Forum*, Vol. 23, 2022, pp. 101-108, p. 104 <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12027-022-00707-8.pdf>> accessed 13 December 2022.

where restrictions are limited to cases of criminal misuse”.⁸⁰ This is because the Protocol is considered as the alternative to the Russian sponsored (and China backed) initiative to draft a Convention in the framework of the United Nations to fight cybercrime.⁸¹ This has been criticized by the EU⁸² and NGOs because a vague definition of cybercrime could be used to quash political dissent.⁸³ The EU and the US declared they welcomed the recent approval of the Second Additional Protocol of the Budapest Convention, which remains the “primary instrument for international cooperation on cybercrime”.⁸⁴

66. Daskal and Kennedy-Mayo underline that the work on the Protocol to the Budapest Convention happened against the backdrop of this China and Russia-led initiative at the UN to create an alternative cybercrime treaty, framed as an alternative means of asserting sovereignty over the Internet.⁸⁵ In their opinion, the data sovereigntist approach was framed as a means of asserting control over the internet and the data needed for basic governmental functions, including law enforcement. The amendments to the Budapest Convention, by contrast, envision a world in which data continues to flow across borders, and seeks to adjust jurisdictional rules to meet these rules, rather than exercise control over the technology to meet pre-established jurisdictional limits.⁸⁶

67. The EU participated in the negotiations of the Protocol trying to ensure compatibility with its own internal initiative to create the EPO. For the EU it has being a difficult process as it had yet to agree on its own internal rules while at the same time was negotiating the executive agreement with the US and the Protocol.⁸⁷ The EDPS supported the participation on the negotiations of the Protocol but recommended that the EU opposed any provisions on direct access to data,⁸⁸ which obviously did not happen.

68. During the negotiations the EU asked for a disconnection clause to be included that became Article 15. It establishes that the EU Member States may, in their mutual relations, apply EU law governing the matters dealt with in the Protocol. In addition, if the EU and the US reach an executive agreement under the CLOUD Act, as explained in a previous section, this would take precedence over the Protocol to the Budapest Convention in their mutual relations.

⁸⁰ *E-evidence Protocol approved by Cybercrime Convention Committee* (31 May 2021) <www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/-/e-evidence-protocol-approved-by-cybercrime-convention-committee> accessed 23 July 2021.

⁸¹ See Resolution adopted by the General Assembly of the United Nations on 27 December 2019 on Countering the use of information and communications technologies for criminal purposes, A/RES/74/247. <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/440/28/PDF/N1944028.pdf?OpenElement>> accessed 13 December 2022.

⁸² *EU Statement in support of the Council of Europe Convention on Cybercrime* (15 January 2020) <https://eeas.europa.eu/delegations/council-europe_en/73052/EU%20Statement%20in%20support%20of%20the%20Council%20of%20Europe%20Convention%20on%20Cybercrime> accessed 13 December 2022.

⁸³ *Open letter to UN General Assembly: Proposed international convention on cybercrime poses a threat to human rights online* <www.apc.org/sites/default/files/Open_letter_re_UNGA_cybercrime_resolution_0.pdf> accessed 13 December 2022.

⁸⁴ *Joint EU-US statement following the EU-US Justice and Home Affairs Ministerial Meeting* (22 June 2021) <www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/06/22/joint-eu-us-statement-following-the-eu-us-justice-and-home-affairs-ministerial-meeting/> accessed 13 December 2022.

⁸⁵ Walker and Tennant outline four possible outcomes of the negotiations at the UN. First, a new convention in line with the Russian draft that favours a highly restrictive view on digital sovereignty, data ownership and human rights without the support of the West but with the added legitimacy of being a UN instrument. Second, a compromise convention, leaving political issues such as human rights and sovereignty open to interpretation, that would advance technical capacity programs but will face challenges in monitoring implementation. Third, the alter ego of the Budapest Convention with strong human rights safeguards that would not do much to increase international cooperation across geographies and would not be adopted by some major powers, although it would enhance cooperation between the West and new signatories. Fourth, no result at all, that would represent a failure for multilateralism, but would not significantly change the current order on cybercrime cooperation. S. WALKER and I. TENNANT, *Control, alt, or delete? The UN cybercrime debate enters a new phase*, Global Initiative Against Transnational Organized Crime, 2021 <<https://globalinitiative.net/wp-content/uploads/2021/12/UN-Cybercrime-PB-22Dec-web.pdf>> accessed 13 December 2022.

⁸⁶ J. DASKAL and D. KENNEDY-MAYO, op. cit.

⁸⁷ C. BRIÈRE, ‘EU Criminal Procedural Law onto the Global Stage: The e-Evidence Proposals and Their Interaction with International Developments’, *European Papers* Vol. 6, no. 1, 2021, pp. 493-512.

⁸⁸ EDPS, *Opinion 3/2019 regarding the participation in the negotiations in view of a Second Additional Protocol to the Budapest Cybercrime Convention*.

69. The Protocol was adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2021 (CETS No. 224)⁸⁹ and opened for signature on 12 May 2022⁹⁰. The EU cannot sign the Protocol, so the Council adopted Decision (EU) 2022/722 of 5 April 2022 authorising Member States to sign the Protocol, in the interest of the EU.⁹¹ Some members of the European Parliament were critical with the Protocol and considered that it lacked some necessary human rights safeguards and wanted the Parliament to ask the Court of Justice of the EU for an opinion to assess the compatibility of the Protocol with the Treaties.⁹² Nevertheless, the plenary of the Parliament voted against.⁹³

IV. Conclusions

70. The resources dedicated to mutual legal assistance should be improved if they are considered insufficient to fight crime.⁹⁴ A study on how the European Investigations Orders have worked in the field of electronic evidence is also necessary. Nevertheless, countries seem to be convinced that the only way to really fulfil their obligation to fight crime and ensure the security of their citizens is to be able to directly gather data from service providers situated abroad. Data localization is dismissed both by the EU and US for its human rights challenges and its problems for electronic commerce and an open Internet.

71. The push for direct mechanisms to gather data is particularly salient currently in Europe with the parallel initiatives of the EU with the EPO and the Council of Europe with the Second Protocol to the Budapest Convention that try to get over the traditional limits of jurisdiction related to the territory of the State. However, human rights should not be sacrificed in the altar of efficiency, so it is necessary to embed the appropriate safeguards in these mechanisms, in particular, in relation to privacy and personal data protection, but also due process, access to remedies, freedom of expression and the confidentiality of communications with a lawyer or journalistic sources. For example, notifying the State affected and giving it the opportunity to reject the order seems a good method to ensure the rule of law and basic standards. We should also be aware of the consequences of this kind of mechanism in the hands of States that do not respect the rule of law.

72. A multilateral solution such as the Protocol to the Budapest Convention seems a superior solution to unilateral ones, *inter alia* because of its scalability. However, it is a pity that, following their desire to reach consensus, the negotiators had to lower some standards and leave some safeguards as a choice for States upon ratification through declarations. This will have as a result fragmenting the regime, as is the case with notifications, for example.

73. We should also be conscious that we are turning Internet intermediaries into human rights adjudicators or defenders⁹⁵ when they may be ill-suited for that task. In many cases they would be the

⁸⁹ The text is available at: <<https://rm.coe.int/1680a49dab>> and the Explanatory Report at: <<https://rm.coe.int/1680a49c9d>> both accessed 13 December 2022.

⁹⁰ By 6 December 2022, it has been signed by Andorra, Austria, Belgium, Bulgaria, Croatia, Estonia, Finland, Iceland, Italy, Lithuania, Luxembourg, Moldova, Montenegro, Netherlands, North Macedonia, Portugal, Romania, Serbia, Slovenia, Spain, Sweden, Ukraine, the United Kingdom, Chile, Colombia, Costa Rica, Japan, Morocco, Sri Lanka and the US.

⁹¹ OJEU L 134, 11 May 2022, p. 15–20.

⁹² See L. KABELKA, “Controversy surrounds new cybercrime protocol as plenary vote still hangs in the balance”, *EURACTIV*, 12 May 2022 <<https://www.euractiv.com/section/data-protection/news/controversy-surrounds-new-cybercrime-protocol-as-plenary-vote-still-hangs-in-the-balance/>> accessed 13 December 2022.

⁹³ The results of the votes were: 229 for, 375 against, and 18 abstentions. See European Parliament. Annex. Results of the votes 22/11/2022 <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-9-2022-11-22-VOT_EN.pdf> accessed 13 December 2022.

⁹⁴ In this sense, the work of the Council of Europe on the 24/7 Network of Contact Points to fight cybercrime and support MLA is very important, together with the templates for data preservation requests and access to stored data.

⁹⁵ See A. GASCÓN MARCÉN, “Los intermediarios de Internet y la protección de los derechos humanos” in Jorge Urbaneja Cillán (coord.), Cástor M. Díaz Barrado (dir.), Juan Manuel Rodríguez Barrigón (dir.), Francisco Pereira Coutinho (dir.) *Las empresas transnacionales en el derecho internacional contemporáneo: Derechos humanos y objetivos de desarrollo sostenible*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 399-412.

only ones able to object to the production orders. They need to have enough time to consider requests and we should not create incentives for them to ignore the rights of their users. The trend to make intermediaries the first adjudicator on topics related to human rights does not just affect privacy but also, for example, speech in the content moderation field and its consequences can be far-reaching.

Las cláusulas de elección de foro en los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. Los arts. 251 y 468 de la Ley de Navegación Marítima

Jurisdiction agreements in contracts for the carriage of goods by sea under bill of lading. Arts. 251 and 468 of Spanish Maritime Navigation Act

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Cantabria*

ORCID ID: 0000-0002-1376-497X

Recibido: 10.01.2023/Aceptado:06.02.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7546

Resumen: Las cláusulas de elección de foro desempeñan una función especialmente importante en el ámbito de los contratos de transporte marítimo de mercancías, en esencia de carácter internacional, aportando seguridad jurídica y potenciando al mismo tiempo el tráfico comercial. Las cláusulas de elección de foro insertas en conocimientos de embarque, sin embargo, suscitan determinados problemas de validez formal del consentimiento y oponibilidad frente a terceros. El art 25 RBI-bis guarda silencio sobre la eficacia traslativa de los acuerdos de jurisdicción, viniendo a ser colmada esta laguna por la jurisprudencia del TJUE. La aplicación y la interpretación de esta jurisprudencia en relación con los arts. 251 y 468 LNM ha hecho surgir posiciones enfrentadas tanto en la doctrina como en los tribunales españoles, y ha originado finalmente la presentación de una cuestión prejudicial ante el TJUE.

Palabras clave: cláusulas de jurisdicción, contratos de transporte marítimo de mercancías, conocimiento de embarque, RBI-bis, Ley de Navegación Marítima.

Abstract: Jurisdiction clauses play a particularly important role in the field of contracts for the carriage of goods by sea, which are essentially international in nature, providing legal certainty and at the same time promoting commercial traffic. The forum selection clauses inserted in bills of lading, however, raise certain problems of formal validity of the consent and opposability against third parties. Article 25 RBI-bis is silent on the translational effectiveness of jurisdiction agreements, this gap being filled by the jurisprudence of the TJUE. The application and interpretation of this jurisprudence in relation to arts. 251 and 468 LNM has given rise to conflicting positions both in the doctrine and in the Spanish courts, and has finally led to the presentation of a preliminary ruling before the CJUE.

Keywords: jurisdiction clauses, Bill of Lading, contracts for the carriage of goods, Brussels I Regulation (recast), Spanish Maritime Navigation Act.

Sumario: II. Introducción. II. Las cláusulas de elección de foro contenidas en los contratos de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. III. Regulación internacional de las cláusulas de elección de foro contenidas en conocimientos de embarque. 1. Consideraciones

generales. 2. RBI-bis (art. 25). A) Aspectos generales. B) Requisitos de validez I. a) Requisitos de validez formal. b) Requisitos de validez material. C) Eficacia traslativa. 3. Convenio de Lugano II (art. 23). IV. Regulación interna de las cláusulas de elección de foro contenidas en contratos de transporte marítimo internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque (arts. 468 y 251 LNM). 1. Introducción. 2. Requisitos de validez de las cláusulas de elección de foro (art. 468 LNM). 3. Eficacia traslativa de las cláusulas de elección de foro insertas en conocimientos de embarque (art. 251 LNM). V. Aplicación de los arts. 251 y 468 LNM por jueces y tribunales españoles. VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. La Ley 14/2014 de 24 de julio, de Navegación Marítima (en adelante, LNM)¹ introdujo en el ordenamiento jurídico español nuevas reglas de competencia judicial internacional para determinados tipos de contratos del sector marítimo. Concretamente, y desde su entrada en vigor, *los contratos de utilización de buque y los contratos auxiliares de la navegación* cuentan con un régimen especial de competencia judicial internacional establecido en los arts. 468 y 469 y el art. 251 LNM².

2. No obstante, los foros previstos en la LNM para *los contratos de utilización de buque* (arrendamiento, fletamento -por tiempo, por viaje y en régimen de conocimiento de embarque-, pasaje y remolque) y *los contratos auxiliares de navegación* (gestión naval, consignación de buques, practicaje y manutención portuaria), solo pueden aplicarse en defecto de normas internacionales y europeas que regulen la misma materia (arts. 93 y 96 CE, art. 21. 1 LOPJ, arts. 2 y 468 LNM). Y, precisamente, en este contexto, para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles existen ya dos importantes instrumentos internacionales: a) el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, RBI-bis); y b) el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007 (en adelante, Convenio Lugano II).

3. Según el legislador español, con este régimen especial de competencia judicial internacional previsto en la LNM para los contratos de utilización de buque y los contratos auxiliares de navegación, se trata de evitar los “abusos” detectados en el tráfico marítimo internacional, donde una de las partes contratantes, normalmente las navieras, imponen el tribunal internacionalmente competente o el arbitraje en el extranjero a la parte más débil de la relación jurídica considerada (cargador, tenedor del conocimiento de embarque, pasaje, etc...). Para intentar corregir este desequilibrio contractual, la LNM declara nulas las cláusulas de elección de foro o de arbitraje incluidas en el contrato cuando no hayan sido negociadas de manera individual y separada (XI Exposición de Motivos, art. 468 LNM). Y, además, despoja de eficacia traslativa a los acuerdos de elección de foro o arbitraje contenidos en un conocimiento de embarque (art. 251 LNM)³.

4. Esta regulación, si bien podría estar justificada para los contratos de pasaje, carece de todo sentido en el transporte marítimo de mercancías, especialmente en régimen de conocimiento de embarque. Resulta, además, contradictoria con la regulación internacional de las cláusulas de elección de foro

¹ BOE núm. 180, de 25 de julio de 2014. Entrada en vigor: 25 de septiembre 2014.

² El Derecho de la Navegación Marítima en España carece de un régimen especial de competencia judicial internacional, salvo lo dispuesto en la LNM para los contratos de utilización de buque y los contratos auxiliares de la navegación. Por tanto, a efectos de competencia judicial internacional, deben aplicarse las normas generales establecidas en los arts. 22-22 *nonies* LOPJ, sin perjuicio de lo establecido en los Convenios internacionales en vigor para España. En este sentido, deben tenerse en cuenta: el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la competencia civil en materia de abordaje, de 10 de mayo de 1952; el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima, de 10 de mayo de 1952 y el Convenio internacional sobre salvamento marítimo, hecho en Londres el 28 de abril de 1989.

³ A. BADIA, “Jurisdicción y competencia”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 415-426, esp. p. 419.

establecida en el RBI-bis y en el Convenio de Lugano II. A pesar de que el impacto de la LNM en la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles podría considerarse menor por resultar de aplicación solo en defecto de instrumentos internacionales, lo cierto es que no está siendo así en la práctica. Si bien es cierto, el RBI-bis regula la existencia y validez de las cláusulas de elección de foro, guarda silencio sobre su eficacia traslativa, viniendo esta laguna a ser colmada por el TJUE. Y es precisamente, la interpretación y aplicación de esta jurisprudencia en relación con el art. 251 y el art. 468 LNM la que enfrenta a la doctrina y, actualmente, a las Audiencias Provinciales en España⁴.

II. Los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque

5. El crecimiento del comercio internacional, unido a la mejora de las técnicas de navegación han conducido a generalizar en la práctica comercial el transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque en línea regular. En este tipo de contratos, el cargador/fletador contrata con el porteador el transporte de la mercancía en un buque indeterminado que permite una pluralidad de cargamentos. En los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque en línea regular, lo que importa no es tanto el buque sino la reserva de espacio de carga para el transporte de la mercancía en un contenedor. Las navieras ofrecen sus servicios de transporte de un puerto a otro a una pluralidad de cargadores, cuya mercancía ocupa un espacio determinado de carga en el buque⁵.

6. La celebración del contrato de transporte va acompañada de la emisión de una serie de documentos, entre ellos, el conocimiento de embarque (*Bill of Lading* o B/L), emitido por el porteador, el capitán o el agente del porteador antes de iniciar el viaje y una vez que las mercancías han sido cargadas en el buque. El conocimiento de embarque desempeña tres funciones básicas: a) *una función contractual*: constituye el documento del contrato a que se incorporan las condiciones del contrato del transporte; b) *una función probatoria*: sirve para probar que las mercancías han sido entregadas al portador y cargadas a bordo del buque; y c) *una función representativa*: atribuye al tenedor/poseedor el derecho a reclamar al porteador las mercancías especificadas en el conocimiento y a disponer de ellas durante el viaje. En este último sentido, el conocimiento de embarque es un título de crédito y de tradición, esto es, un título valor⁶.

7. Las navieras que operan en el sector del transporte marítimo internacional de mercancías ofrecen normalmente sus servicios a través de sus propias páginas web a todo aquél que quiera contratarlos. Cuentan, además, para ello con sus propias condiciones generales de la contratación. Cuando el transporte es en régimen de conocimiento de embarque en línea regular, dicho documento incorpora las mencionadas condiciones generales entre las que se incluyen las cláusulas de elección de foro, sin que el cargador de la mercancía pueda negociar individualmente las mismas. Se trata de auténticos contratos de

⁴ J. J. PÉREZ BENÍTEZ “De nuevo las cláusulas de jurisdicción en los contratos marítimos. Una regulación insatisfactoria”, en J. M. SOBRINO HEREDIA/G.A. OANTA (Coords.), *La construcción jurídica de un espacio marítimo común europeo*, REDEXMAR: J.M. Boch editores, Barcelona, 2020, pp. 207-219, esp. p. 209.

⁵ F.B LANGELAAN OSSET, “Estudio jurisprudencial sobre el régimen jurídico-procesal de las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque: situación actual y futuro proyectado”, *CDT*, 2019-1, pp. 408-437, esp. pp. 412-415; F. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte marítimo de mercancías*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010.

⁶ Atendiendo a la clasificación de los títulos-valores, puede decirse que el conocimiento de embarque es: a) *un título-valor causal*: las obligaciones que incorpora para las partes traen causa de un contrato de transporte previo a su emisión; b) *un título-valor literal completo*: recoge todos los derechos y obligaciones derivadas del contrato de transporte así como las condiciones generales de la contratación en dicho sector, normalmente emitidas por la naciera o porteador; c) *un título-valor real*: otorga a su titular el derecho de disponer de las mercancías que dicho documento representa; d) *un documento-tipo emitido en masa* por las navieras en sus transportes marítimos. Además, y atendiendo a la forma de designar al titular, el conocimiento de embarque puede ser emitido al portador (cuando no se menciona el nombre del destinatario), a la orden (del cargador o de la persona que éste designe) o incluso ser nominativo (cuando la mercancía deba ser entregada al mismo cargador o a una persona distinta de éste). El conocimiento de embarque atribuye al tenedor del mismo el derecho de exigir la entrega de las mercancías al porteador, en este sentido, el conocimiento de embarque es un título ejecutivo. *Vid.* F.B LANGELAAN OSSET, loc.cit, p. 413; L. FONTESTAD PORTALÉS, *Conocimiento de embarque como título ejecutivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

adhesión o contratos en masa. En este tipo de contratos, el cargador (“parte débil” de la relación jurídica) ve compensada esta pérdida de libertad o autonomía de la voluntad negocial con otros factores determinantes que le inducen a contratar como puedan ser la calidad, seguridad, duración y precio del transporte⁷.

8. Si el conocimiento de embarque circula, lo que será lo más habitual, el destinatario receptor de las mercancías, también se ve sometido a la cláusula de elección de foro. El tenedor del conocimiento de embarque tiene escasa, por no decir nula, capacidad de negociar el clausurado del mencionado documento, por lo que en caso de surgir una controversia se verá obligado a litigar ante los tribunales designados por el porteador en el conocimiento de embarque. Surge así el problema de determinar en qué casos y bajo qué condiciones puede una cláusula de elección de foro inserta en un conocimiento de embarque considerarse válida, y en su caso, desplegar efectos traslativos frente a terceros. Pero, este escenario no estaría completo sin la entrada en juego de las compañías de seguros. Normalmente, cuando se producen incidencias o retrasos durante el transporte que afectan a las mercancías, las aseguradoras tras indemnizar al asegurado (cargador y/o tenedor del conocimiento de embarque) por los daños sufridos, ejercitan *a posteriori* una acción de repetición contra el porteador/transportista, viéndose entonces obligadas a acudir ante los tribunales elegidos/impuestos por la naviera en el conocimiento de embarque⁸.

III. Las cláusulas de elección de foro insertas en conocimientos de embarque: regulación internacional

1. Consideraciones generales

9. Al igual que sucede en otros ámbitos de la contratación internacional, en el transporte marítimo de mercancías la inclusión de cláusulas de elección de foro en los contratos o en la documentación que los acompaña viene siendo desde hace tiempo la tónica habitual⁹.

10. Los instrumentos internacionales, en vigor para España, destinados a regular esta materia, -el transporte marítimo internacional de mercancías-, no contienen sin embargo normas de competencia judicial internacional. Tales instrumentos tienen por objeto unificar normas de Derecho sustantivo, dejando al margen las normas procesales. Ni la Convención internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, de 25 de agosto de 1924, ni los Protocolos que la modifican: Protocolo de 23 de febrero de 1968 y Protocolo de 21 de diciembre de 1979 (“Reglas de La Haya-Visby”)¹⁰ regulan el régimen jurídico de las cláusulas de elección de foro y sus efectos frente a terceros¹¹.

⁷ Vid. E. SIERRA NOGUERO, “Las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque de las líneas regulares de la navegación”, en F. MARTÍNEZ SANZ/M^a V. PETIT LAVALL (DIRS.), *Aspectos jurídicos y económicos del transporte: Hacia un transporte más seguro, sostenible y eficiente*, Universidad Jaume I, Valencia, 2007, pp. 789-828, esp. p. 796.

⁸ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de controversias en la contratación marítima internacional”, *CDT*, 2018-2, pp. 333-375. En la doctrina extranjera, *vid.*: M. DAVIES, “Forum Selection Clauses in Maritime cases”, *Tulane Maritime L.J.*, vol. 27, n^o 2, 2002-2003, pp. 367-387; J. ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ, *Jurisdiction and Arbitration Agreements in Contracts for the Carriage of Goods by Sea. Limitations on Party Autonomy*, Routledge, London, 2021; R. FORCE/M. DAVIES, “Forum Selection Clauses in International Maritime Contracts”, *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law: Essays in Honor of Robert Force*, Kluwer Law International, La Haya, 2005, pp. 1-58, F. SPARKA, *Jurisdiction and Arbitration clauses in Maritime Transport Documents. A comparative Analysis*, Springer-Verlag, Heidelberg, 2010; A. VON ZIEGLER, *Jurisdiction and Forum Selection Clauses in a Modern Law on Carriage of Goods by Sea*, Kluwer Law International, La Haya, 2005.

⁹ Vid. en general, F. F. GARAU SOBRINO, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en el Derecho Procesal Civil Internacional español”, *CDT*, 2010-2, pp. 52-91; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Evolución de la admisibilidad de la cláusula atributiva de competencia internacional en el Derecho español y comparado”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987, n^o 3, pp. 657-696; A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en el Derecho comunitario europeo*, Eurolex, Madrid, 1994.

¹⁰ J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *Los foros de competencia judicial internacional en materia marítima. (Estudio de las relaciones entre los diversos bloques normativos)*, Servicio Central de Publicaciones del País Vasco, San Sebastián/Donostia, 1993, pp. 99-206.

¹¹ No obstante, existen otros Convenios internacionales relativos al transporte marítimo internacional de mercancías que, junto a las normas de Derecho sustantivo, contienen también normas uniformes de competencia judicial internacional, inclu-

11. Las cláusulas de elección de foro en los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque se rigen, en defecto de normativa internacional especial sobre esta materia, por el régimen de competencia judicial internacional establecido con carácter general para los contratos internacionales en el RBI-bis y en el Convenio de Lugano II¹².

2. RBI-bis

12. EL RBI-bis constituye el instrumento legal internacional más importante para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales de todos los Estados miembros de la UE, dado su amplio ámbito de aplicación material: litigios internacionales en “materia civil y mercantil” (art. 1.1 RBI-bis).

13. El sistema de competencia judicial internacional establecido en el RBI-bis contiene diversos foros que están jerarquizados: 1º) Competencias exclusivas (art. 24 RBI-bis); 2º) Sumisión expresa y tácita (arts. 25 y 26 RBI-bis); 3º) Foros especiales (arts. 7-23 RBI-bis); y 4º) Foro de domicilio del demandado en un Estado miembro (art. 4 RBI-bis). Los foros especiales y el foro general del domicilio del demandado funcionan de manera alternativa a elección del demandante. En la normativa europea, la autonomía de voluntad de las partes juega un papel esencial como criterio atributivo de competencia judicial internacional¹³.

A) Aspectos generales

14. El art. 25 RBI-bis regula las denominadas cláusulas de elección de foro, cláusulas de jurisdicción o sumisión expresa (*prorogatio fori*), en cuya virtud las partes de una concreta relación jurídica eligen el tribunal o tribunales que serán competentes para conocer de los litigios que puedan derivarse del contrato. Las cláusulas de elección de foro presentan notables ventajas: 1ª) Permiten a las empresas que operan en el comercio internacional concentrar sus litigios en pocas jurisdicciones, ahorrando así costes, que de otro modo encarecerían el producto y repercutirían finalmente sobre los consumidores; 2ª) Ofrecen seguridad jurídica en tanto que las partes conocen desde el momento en que se celebra el contrato qué tribunales serán competentes en caso de surgir un litigio; 3ª) Otorgan a las partes la posibilidad de elegir los tribunales estatales que consideren más adecuados para resolver sus litigios por su rapidez, neutralidad o especialización.

Por todo ello, el RBI-bis potencia la autonomía de la voluntad, como criterio atributivo de competencia judicial internacional, sin exigir conexión alguna entre el tribunal elegido por las partes y la relación jurídica de la que pueda derivarse el litigio¹⁴.

yendo entre ellas cláusulas de elección de foro. Así sucede con: a) el Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías, de 31 de marzo de 1978 (Reglas de Hamburgo), que destina los arts. 21 y 22 a regular la competencia de los tribunales internacionalmente competentes; y b) el Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, hecho en Nueva York el 11 de diciembre de 2008, (“Reglas de Rotterdam”) cuyos arts. 66-76 contienen normas de competencia judicial internacional. Aunque este último Convenio internacional ha sido ratificado por España en fecha 19 de enero de 2011, no ha recibido aún el número de ratificaciones necesarias, un total de veinte, para su entrada en vigor internacional (art. 94). Actualmente, solo cinco países han efectuado el depósito del correspondiente instrumento de adhesión: Benín (2019), Camerún (2017), Congo (2014), España (2011) y Togo (2012).

¹² El Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005, sobre acuerdos de elección de foro, entró en vigor el 1 de octubre de 2015. Son Estados parte del mismo: todos los Estados miembros de la UE, México, Montenegro, Reino Unido e Irlanda del Norte y Singapur. Aunque el Convenio de La Haya 2005 regula los efectos legales de las cláusulas de elección de foro en casos internacionales en materia civil y mercantil, excluye de su ámbito de aplicación material los contratos de transporte de mercancías (art. 2.2 letra f).

¹³ A.-L.- CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 2624-2670.

¹⁴ STJCE 17 de enero de 1980, asunto C-56/79, Zelger c. Salinitri. FD 3; STJUE 20 de febrero 1997, asunto C-106/95, MSG, FD 34; STJUE de 16 de marzo de 1999, asunto C-159/97, Castelletti, FD 49-52

15. Los efectos procesales de las cláusulas de elección de foro son dos: a) la atribución de competencia judicial internacional, a través de la autonomía de la voluntad, a un tribunal que de otro modo carecería de ella (*prorrogatio fori*), y b) la exclusión de un tribunal que, de no haber mediado el acuerdo, sería competente (*derogatio fori*). En este sentido, la competencia judicial internacional atribuida a un tribunal a través de un acuerdo de elección de foro presenta carácter “exclusivo”, siempre y cuando las partes no pacten lo contrario (art. 25.1 RBI-bis). Esto es, si así lo acuerdan las partes, el RBI-bis permite elegir el tribunal competente, sin impedir, una vez surgido el litigio, accionar ante otros tribunales que resulten competentes con arreglo al RBI-bis (sumisión opcional o no exclusiva).

16. El art. 25 RBI-bis regula las cláusulas de elección de foro que cumplan las siguientes condiciones: a) El tribunal elegido ha de ser un tribunal de un Estado miembro de la UE; b) El litigio debe derivarse de una situación internacional; c) el acuerdo de sumisión expresa ha de referirse a litigios nacidos o que puedan nacer con ocasión de una determinada y concreta relación jurídica (art. 25. 1 RBI-bis); d) el acuerdo no puede afectar a materias que son objeto de competencias exclusivas de tribunales de los Estados miembros UE en virtud del art. 24 (art. 25. 4 y Considerando 19 RBI-bis); e) en los casos de trust y contratos con parte débil (consumo, trabajo y seguro), el acuerdo ha de respetar los límites establecidos en el propio RBI-bis para ser considerado válido (art. 25.3 y 4 RBI-bis); f) no resulta necesario que alguna de las partes en el acuerdo, demandante o demandado, tenga su domicilio en el territorio de un Estado miembro.

B) Requisitos de validez

17. Para que las cláusulas de elección de foro contempladas en el RBI-bis puedan desplegar los efectos procesales y contractuales que les son propios deben cumplir los requisitos de validez formal y sustantiva previstos en el propio art. 25 RBI-bis y ningún otro más. (STJUE 21 mayo 2015, Asunto C-352/13, *Cártel Damage*, FD 63)

a) Requisitos de validez formal

18. Los requisitos de forma establecidos en el art. 25 RBI-bis tienen por objeto garantizar la seguridad jurídica y asegurar la existencia de un acuerdo de elección de foro consentido de manera clara y precisa por las partes¹⁵. A pesar de tratarse de requisitos de forma “*ad solemnitatem*”, el RBI-bis muestra cierta flexibilidad al admitir tanto el consentimiento expreso como el consentimiento “presunto” de las partes.

19. Así, se considera válido en cuanto a la forma, el consentimiento manifestado por escrito o verbalmente con confirmación escrita (consentimiento expreso/art. 25. 1 a) RBI-bis). Pero también admite el RBI-bis, el consentimiento manifestado en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas o conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer en un determinado sector del comercio internacional por ser ampliamente conocidos y regularmente observados en los contratos del mismo tipo (consentimiento presunto/art. 25. 1º b) y c) RBI-bis)¹⁶.

¹⁵ El concepto de “acuerdo atributivo de competencia”, dicción utilizada por el art. 25.1 in fine RBI-bis es un concepto autónomo, propio del RBI-bis que no debe definirse con arreglo al Derecho nacional de ningún Estado miembro. Se entiende, por tal, todo acuerdo entre las partes que refleja su voluntad de que la controversia se resuelva por los tribunales de un determinado Estado miembro (STJUE 20 de febrero 1997, asunto C-106/95, *MSG*, FD 15-17; STJUE de 16 de marzo de 1999, asunto C-159/97, *Castelletti*, FD 19; STJUE 7 de febrero de 2013, asunto C-543/10, *Refcomp*, FD 21 y 27; STJUE de 7 de julio de 2016, asunto C-222/15, *Höszig*, FD 29)

¹⁶ La evolución de los requisitos de forma de las cláusulas de elección de foro en la normativa europea ha estado íntimamente ligada a los contratos de transporte en régimen de conocimiento de embarque. Originariamente, el Convenio de Bruselas de 1968 solo admitía como forma válida el acuerdo por escrito o verbal con confirmación escrita (art. 17 CBr 1968). La validez de las cláusulas atributivas de jurisdicción se supeditaba a la concurrencia de dos requisitos: la existencia de un “convenio” entre las partes, lo que supone un intercambio de consentimientos, y que el consentimiento sea haya

20. Para que una cláusula de elección de foro sea válida con arreglo a los usos del comercio internacional deben cumplirse los siguientes requisitos: 1º) Que exista un uso en el sector comercial considerado. Sucede así cuando los operadores de dicho sector siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos; 2º) Debe tratarse de operaciones de comercio internacional, así como de operadores habituales en este tipo de comercio; 3º) Que el uso sea “ampliamente conocido y regularmente observado” no sólo por las partes, sino por la “comunidad de comerciantes del sector comercial en el que las partes contratantes ejercitan su actividad”¹⁷.

21. Las cláusulas de elección de foro contenidas en los conocimientos de embarque cumplen con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia europea para ser consideradas como un uso del comercio internacional. En el ámbito del tráfico marítimo internacional de mercancías, resulta notoriamente conocido por todos los operadores implicados en el sector, que las navieras/porteadores que ofrecen sus servicios de transporte cuentan con sus propias condiciones generales de la contratación, en las que insertan cláusulas de elección de foro. Por su parte, los cargadores son conscientes de su escasa, por no decir nula, capacidad para negociar las cláusulas del contrato, entre ellas las cláusulas de elección de foro, pero ven compensada dicha carencia con otros factores determinantes que les inducen a contratar tales como la calidad, la seguridad, la duración y el precio del transporte. Las cláusulas de elección de foro insertas en conocimientos de embarque se utilizan comúnmente en el marco de los contratos de transporte internacional de mercancías celebrados entre operadores y empresas que habitualmente actúan en el comercio internacional, -por un lado, porteadores acostumbrados a realizar transportes internacionales por mar y por otro, comerciantes/empresas habituadas a actuar en el comercio marítimo internacional, exportando o importando sus productos. También forman parte de la comunidad de comerciantes de este concreto sector del comercio internacional, las compañías de seguros, que se subrogan en la posición del asegurado cuando se verifica un daño en la mercancía, porque si bien es cierto no actúan en sí como partes de la operación comercial, están habituadas a asegurar a los operadores de dicho sector que si lo son (porteadores, cargadores, importadores).

22. Las cláusulas de elección de foro insertas en conocimientos de embarque no requieren para ser consideradas válidas con arreglo al art. 25 RBI-bis, que hayan sido negociadas de forma individual y separada. Tampoco resulta necesario que el pacto de sumisión expresa aparezca firmado por ambas partes. Estas cláusulas se consideran válidas si se ajustan a los usos del comercio internacional. Si la cláusula de elección de foro cumple con los requisitos de forma exigidos por el art. 25 RBI-bis se considerará válida, no pudiendo los Estados miembros UE prescribir otras exigencias de forma que las previstas en

manifestado de forma clara y precisa. En este afán de garantizar la seguridad jurídica y asegurar el consentimiento de las partes, en la redacción originaria del Convenio de Bruselas se exigía que las cláusulas de elección de foro fueran pactadas por escrito o verbalmente, pero con confirmación escrita. Posteriormente, la falta de formalismo de las operaciones mercantiles internacionales fue atenuando el rigor inicial admitiéndose, asimismo, como válida la estipulación de dicha cláusula conforme a las prácticas que las partes hubiesen establecido entre ellas o a los usos del comercio internacional. Así, en la STJCE de 14 de diciembre de 1976, asunto C-25/76, *Segoura c. Bonakaddarian*, el TJCE estableció, como regla general, que una declaración unilateral de una de las partes sin confirmación por la otra, no podía constituir un acuerdo de jurisdicción válido, pero introdujo una excepción: salvo que el acuerdo verbal forme parte de relaciones corrientes entre las partes y tales relaciones se rijan en su conjunto por las condiciones generales de una de ellas, que contienen una cláusula atributiva de jurisdicción. Esta doctrina que fue reiterada por el TJCE con respecto a un conocimiento de embarque, en STJCE de 19 de junio, asunto C-71/83, *Russ c. Nova*, se incorporó al CBr 1968 a través del Convenio de adhesión de España y Portugal de 1989. La posibilidad de concluir un acuerdo atributivo de jurisdicción conforme a los usos del comercio internacional que las partes conocieren o debieren de conocer y que fueran ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado, -caso de los conocimientos de embarque-, se incorporó al art. 17 del CBr 1968 mediante el Convenio de adhesión del Reino Unido e Irlanda del Norte de 1978. Vid. A.-L- CALVO CARAVACA, “Art. 17 CBr”, en A.-L- CALVO CARAVACA (ED.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil*, Universidad Carlos II de Madrid, BOE, Madrid, 1994, pp. 343-371, esp. pp. 351-361.

¹⁷ STJUE 20 febrero 1997, asunto C-106/95, MSG, FD 23; STJUE 16 marzo 1999, asunto C-159/97, Castelletti, FD 26; STJUE 20 abril 2016, asunto 366/13, Profit, FD 44

el mismo. En los contratos celebrados entre profesionales o empresarios, la existencia de un “acuerdo de sumisión” se rige exclusivamente por el art. 25 RBI-bis¹⁸.

b) Requisitos de validez sustantiva

23. El acuerdo de sumisión es, en sí mismo, un contrato, cuyo objeto es la elección del tribunal competente. El acuerdo de sumisión constituye un acuerdo separado del contrato en el que se inserta (principio de separabilidad). De ahí que el acuerdo de elección de foro pueda ser válido y el contrato nulo y viceversa (art. 25.5 RBI-bis). Al ser un contrato resulta necesario para su validez que reúna determinados requisitos de forma y de fondo.

24. El art. 25 RBI-bis regula de modo directo las exigencias formales del acuerdo atributivo de competencia, pero remite la validez material del acuerdo (capacidad de las partes, representación, error o vicios en el consentimiento) a las normas del Derecho del Estado miembro cuyos tribunales han sido elegidos, incluidas “las normas sobre conflictos de leyes de dicho Estado miembro” (art. 25. 1 RBI-bis, Considerando 20 RBI-bis).

C) Efectos traslativos

25. Las cláusulas de elección de foro producen efectos entre las partes que las acuerdan y no frente a terceros (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*). El art. 25 RBI-bis indica que el acuerdo de sumisión solo vincula a las partes que “han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer” de un litigio. El art. 25 RBI-bis, por tanto, no regula la eficacia traslativa de las cláusulas de elección de foro. No obstante, en el comercio internacional se aprecia una gran movilidad del contrato. De forma que las obligaciones permanecen, pero los sujetos inicialmente vinculados por el contrato son sustituidos por terceros que ocupan su lugar. Este sería el caso del conocimiento de embarque, pero también de la cesión de créditos, de la subrogación o de la cadenada de contratos¹⁹.

26. La laguna que presenta el art. 25 RBI-bis respecto a los efectos frente a terceros de las cláusulas de elección de foro ha sido colmada por la jurisprudencia del TJUE. Concretamente, en relación a las cláusulas insertas en conocimientos de embarque, el mencionado tribunal admite la transmisión de la cláusula de sumisión a terceros siempre que se cumplan dos requisitos: 1º) que la cláusula atributiva de competencia inserta en un conocimiento de embarque sea válida en la relación entre porteador y cargador; 2º) que con arreglo al “Derecho nacional aplicable” a la relación jurídica cuya eficacia traslativa se discute, el tenedor del conocimiento de embarque se subroga en los derechos y obligaciones del cargador. Si con arreglo al Derecho estatal aplicable, se produce esa sustitución total, la cláusula desplegará efectos traslativos. En caso contrario, si no se produce “subrogación”, el tribunal debe comprobar la

¹⁸ STJCE 24 junio de 1981, asunto C-150/80, Elefanen Shuh GmbH c. Jacqmain; STJUE 21 de mayo de 2015, asunto C-352/13, *Cártel Damage*, FD 63. Por tanto, no resultan aplicables las normas nacionales de los Estados miembros que protegen al pequeño comerciante o a otros sujetos frente al gran comerciante, aunque la cláusula de elección de foro se contenga en unas condiciones generales de la contratación o en un contrato redactado por una de las partes (contratos de adhesión). Tampoco resultan aplicables a las cláusulas de sumisión expresa las normas jurídicas de los Estados miembros relativas a la protección de los consumidores frente a las condiciones impuestas por un empresario (cláusulas abusivas), porque se trata de contratos celebrados entre comerciantes y no de contratos celebrados con consumidores (arts. 80-90 TRLGDCU). En el caso de los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque no se puede aplicar el art. 468 LNM como veremos más adelante ni el art. 22 bis LOPJ para determinar la existencia del acuerdo ni mucho menos el art. 54.2 LEC por ser ésta una norma de competencia territorial y no de competencia judicial internacional.

¹⁹ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 2659-2662.

existencia y validez del consentimiento del tercero en relación con la cláusula atributiva de competencia con arreglo al art. 25 RBI-bis²⁰.

3. Convenio de Lugano II

27. El Convenio de Lugano, de 30 de octubre de 2007, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Convenio Lugano II) tiene por objeto trasladar el contenido sustancial del RB-I (Reglamento 44/2000) a los países firmantes de dicho convenio (Suiza, Islandia y Noruega) y a los Estados miembros de la UE.

28. El Convenio de Lugano II es un texto prácticamente idéntico al RB-I aunque no al RBI-bis. En el caso de las cláusulas de elección de foro son dos las principales diferencias que presenta el Convenio de Lugano II con respecto al RBI-bis: 1) se exige que al menos un de las partes en el acuerdo, demandante o demandado, tenga domicilio en un Estado vinculado por el Convenio de Lugano; 2) no se realiza mención alguna a los requisitos de validez sustantiva que ha de reunir el acuerdo de sumisión (art. 23 Convenio Lugano II).

29. En los supuestos de concurrencia entre el RBI-bis y el Convenio de Lugano II, prevalece este último: 1º) cuando del demandado estuviere domiciliado en un Estado parte exclusivamente en el convenio de Lugano II (Islandia, Noruega o Suiza); 2º) cuando las competencias exclusivas y sumisión expresa (arts. 22 y 23 Convenio de Lugano II) otorgaren competencia a los tribunales de un Estado parte exclusivamente en el Convenio de Lugano II; y 3º) cuando, en los supuestos de litispendencia y convexidad (arts. 27 y 28 Convenio de Lugano II) se presente una demanda ante los tribunales de un Estado parte exclusivamente en el Convenio de Lugano II (art. 64.2 Convenio de Lugano II y art. 73 1 RB-I bis).

IV. Las cláusulas de elección de foro incluidas en un conocimiento de embarque: régimen de producción interna

1. Introducción

30. El régimen jurídico de las cláusulas de elección de foro insertas en conocimientos de embarque se rige por lo dispuesto en los instrumentos legales internacionales anteriormente mencionados (RBI-bis y Convenio de Lugano II) y, en su defecto, por las normas de producción interna (arts. 93, 96 CE, art. 21.1 LOPJ y art. 2 LNM).

31. La LNM (2014) introdujo por primera vez en Derecho español, normas especiales de competencia judicial internacional para un determinado tipo de contratos de navegación marítima: los contratos de utilización de buque, entre los que se incluyen los contratos de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, y los contratos auxiliares de la navegación. Por tanto, cuando no resulten de aplicación los instrumentos internacionales, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles deberá determinarse con arreglo a las normas establecidas en los arts. 468, 469 y 251 LNM²¹.

32. Los foros de competencia judicial internacional contenidas en la LNM para los contratos de utilización de buque y los contratos auxiliares de la navegación se encuentran jerarquizados. En primer

²⁰ STJCE 14 julio 1983, asunto C-201/82; STJCE 19 junio 1984, asunto C-71/83, *Russ*, FD 24; STJCE 16 de marzo 199, asunto C-159/97, *Castelletti*, FD 41; STJCE 9 de noviembre 2000, asunto C-387/98, *Coreck Maritime*, FD 23-27

²¹ J. J. ÁLVAREZ RUBIO, "La dimensión procesal internacional en la Ley de Navegación Marítima", *AEDIPr*, 2014-2015, pp. 159-203; R. ARENAS GARCÍA, "La aplicación de la regulación de la Ley de Navegación Marítima sobre los contratos de utilización de buque y de los contratos auxiliares de la navegación en los supuestos internacionales", *AEDIPr*, 2014-2015, pp. 205-241

lugar, se hace prevalecer la sumisión expresa o el acuerdo de elección de foro (art. 468 LNM y art. 469.1 LNM) y, en su defecto, los foros especiales previstos en el art. 469. 2 y 3 LNM para los contratos de utilización de buque y para los contratos auxiliares de la navegación, respectivamente. Se trata, en ambos casos, de foros concurrentes, que otorgan al demandante la posibilidad de optar por uno de los foros legalmente establecidos. Así, y para el supuesto de los contratos de utilización de buque el demandante puede elegir entre acudir a: a) los tribunales del domicilio del demandado; b) los tribunales del lugar de celebración del contrato; c) los tribunales del puerto de carga o descarga (art. 469.2 LNM). Por otro lado, y para el caso de los contratos auxiliares de la navegación, el demandante puede optar entre: a) los tribunales del domicilio del demandado; b) los Tribunales del lugar de celebración del contrato; c) los tribunales del lugar de prestación de los servicios (art. 469.3 LNM). Finalmente, y para el supuesto concreto de impugnación de liquidación de avería gruesa, se establece un foro especial que atribuye competencia judicial internacional al tribunal del lugar de finalización del transporte o del lugar de arribada del buque, si este último fuese distinto (art. 469.3 LNM).

33. Pero, la LNM también regula la eficacia traslativa o la oponibilidad a terceros de la cláusula de elección de foro inserta en un conocimiento de embarque. De tal forma, el art. 251 LNM indica que el tenedor del conocimiento de embarque adquiere todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, a excepción del acuerdo de elección de foro que requiere el consentimiento del adquirente en los términos del art. 468 LNM²².

2. Las cláusulas de elección de foro en el art. 468 LNM

34. El art. 468 LNM regula, en defecto de instrumentos internacionales, las cláusulas de elección de foro insertas en contratos de utilización de buque y contratos auxiliares de la navegación que reúnan las siguientes condiciones: a) que el tribunal elegido sea extranjero; y b) que la cláusula de sumisión expresa haya sido negociada de manera individual y separada, entendiéndose que no cumple tal exigencia la cláusula inserta en las condiciones generales de un contrato.

35. Si la cláusula de elección de foro atribuye competencia judicial internacional a los tribunales españoles, el art. 468 LNM no resulta de aplicación. En tal caso, la cláusula de elección de foro, debe regirse por lo establecido con carácter general en el art. 22 bis LOPJ (foro de sumisión expresa/prórroga de jurisdicción), que admite como válido el consentimiento prestado conforme a los usos del comercio internacional.

36. Esta distinción de régimen jurídico, introducida por el legislador español a través del art. 468 LNM, en las cláusulas de elección de foro en los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías, según hayan sido elegidos por las partes los tribunales españoles o los tribunales extranjeros, denota una desconfianza injustificada por parte de España hacia el resto de los países del mundo. Ciertamente, el carácter proteccionista del art. 468 LNM frente a jurisdicciones extranjeras denota cierta vuelta al “imperialismo jurisdiccional”, tan conocido en nuestro país en otros tiempos pasados, y que a día de hoy no tiene encaje alguno²³.

²² I. ARROYO MARTÍNEZ, “Art. 251. Eficacia traslativa”, en I. ARROYO MARTÍNEZ/J. A. RUEDA MARITÍNEZ (COORDS.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio de Navegación Marítima*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 841 y 842 (completar); T. FERNÁNDEZ QUIRÓS, “Oponibilidad frente a terceros de las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque”, en AAVV, *Comentarios a Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, Madrid, 215, pp. 429-440; M. GÓMEZ JENE, “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva Ley de Navegación Marítima”, *CDT*, 2014-2, pp. 112-129; N. IRACULIS ARREGUI, “La controvertida negociación individual y separada de las cláusulas de jurisdicción y arbitraje den la Ley de Navegación Marítima”, *Revista de Derecho del Transporte*, 2017, pp. 173-208; A. ZURIMENDI ISLA, “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje incluidas en conocimiento de embarque tras la ley de Navegación Marítima”, *Revista de Derecho del Transporte*, 2016, pp. 89-11.

²³ J. M^a. ALCÁNTARA GONZÁLEZ, “¿De nuevo el “nacionalismo marítimo español?””, *Derecho de los Negocios*, n^o 223, 2009, pp. 23-24; M^a. J. ARIZA COLMENAREJO, “Cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la Ley de Navegación Marítima de 2014”, *Anuario de Derecho Marítimo*, 2015, pp. 117-131, esp. 120-128; A. BADIA, *loc. cit.*, p. 427.

37. Cierto es que el legislador español, embestido de su poder soberano, puede regular legítimamente de la forma que estime más conveniente y teniendo en cuenta los intereses generales cualquier situación jurídica considerada. Pero, llama poderosamente la atención que en materia de transporte marítimo internacional de mercancías se haya decantado por una regulación jurídica completamente contradictoria a la prevista en los instrumentos legales internacionales que regulan la misma materia (art. 25 RBI-bis y art. 23 Convenio Lugano II) y que tienden a encontrar un justo equilibrio entre la seguridad jurídica y la falta de formalismos de las operaciones mercantiles internacionales, flexibilizando los requisitos de validez formal de los acuerdos de elección de foro.

38. En contra de tal regulación, el art. 468 LNM se decanta por exigir rígidos requisitos de forma, aumentando la seguridad jurídica en detrimento de las operaciones mercantiles internacionales. Según el Preámbulo de la LNM, la *ratio legis* de dicha norma es: “evitar los abusos detectados declarando la nulidad de las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera (...) contenidas en los contratos de utilización de buque y en los contratos auxiliares de navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente” (Apartado XI Preámbulo LNM). Pero, ¿a qué abusos se refiere el legislador español?. Afirmar que las cláusulas de elección de foro contenidas en los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, que no hayan sido negociadas de forma individual y separada son abusivas, implica desconocer: a) el fundamento de la autonomía de la voluntad como criterio atributivo de competencia judicial internacional en el ámbito de los negocios internacionales; b) la legislación española sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas; y c) la realidad del tráfico marítimo internacional de mercancías.

39. El acuerdo de elección de foro contenido en un contrato internacional de transporte de mercancías no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, y menos aún puede considerarse una cláusula abusiva. El foro de la sumisión expresa fomenta la certidumbre y seguridad jurídica en el contexto de la litigación internacional (las partes del contrato conocen de antemano, incluso antes de surgir el litigio, qué tribunal será competente para entrar a conocer del fondo del asunto), permite concentrar distintos litigios ante el mismo tribunal, algo que ahorrará costes a las empresas que contratan con operadores de todo el mundo, y posibilita la elección del tribunal más adecuado por su neutralidad, rapidez y especialización

40. Precisamente, y dados los importantes efectos procesales derivados de un acuerdo de elección de foro o acuerdo de jurisdicción (*prorogatio fori/derogatio fori*), resulta necesario garantizar la existencia del acuerdo y el consentimiento de las partes, exigiéndose para su validez determinados requisitos de forma. Exigir, en este contexto, como requisito de validez, la negociación individual y separada de una cláusula de elección de foro contenida en un contrato de transporte de mercancías o en unas condiciones generales de la contratación, carece de sentido teniendo en cuenta que en este tipo de contratos ambas partes (porteador y cargador) son empresarios. Y, aunque, una de las partes de la relación jurídica pudiera ser considerada “parte débil” del contrato, por su menor poder de negociación, no puede ser tratada con las garantías propias de un consumidor. Desde el punto de vista de las condiciones generales de la contratación, el art. 468 LNM está introduciendo en el ordenamiento jurídico español una excepción a las normas sobre condiciones generales de la contratación, carente de toda justificación, intensificando para ello en los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías la técnica de control de incorporación y el control del contenido de abusividad, inexistente en otros sectores de tráfico mercantil.

41. Pero es que además, la exigencia del legislador español de negociación individual y separada de la cláusula de elección de foro como requisito de validez del acuerdo, se torna simplemente de imposible cumplimiento en la práctica. Los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque son contratos de adhesión. En este concreto sector del comercio internacional, las navieras ofrecen sus servicios bajo sus propias condiciones de la contratación a todo aquel que los quiera contratar. De tal modo, los cargadores que deseen contratar el transporte de mercancías se limitan a aceptar la oferta del porteador sin poder alterar las condiciones del contrato. Esta ausencia de capacidad de negociación contractual de una de las partes (cargador) se ve compensada por

las ventajas que reporta el servicio ofrecido(transporte): precio, calidad y rapidez. Son estas condiciones comerciales y no otras, las que inducen al cargador a contratar los servicios de un porteador u otro. En otras palabras, las cláusulas de elección de foro contenidas en los contratos de transporte internacional de mercancías, simplemente, no se pueden negociar de forma individual y separada por tratarse auténticos contratos en masa.

42. Esto no significa que los cargadores desconozcan la existencia de una cláusula de jurisdicción a tribunales extranjeros contenida en las condiciones generales de la contratación. Resulta un uso habitual en este sector del comercio internacional que las navieras incluyan en sus propias condiciones generales, normalmente accesibles desde su página web, una cláusula de elección de foro. El cargador, por tanto, conoce o debe conocer que, en caso de surgir un litigio, deberá acudir ante los tribunales que han sido designados por el porteador en el contrato. La rapidez y ausencia de formalidades en la contratación, existente en determinados sectores del comercio internacional, es precisamente lo que explica la flexibilidad introducida en los requisitos de validez formal contemplados por los instrumentos internacionales para de las cláusulas de elección de foro.

43. El legislador español, sin embargo, opta por la rigidez formal del acuerdo de elección de foro exigiendo en este tipo de contratos: la negociación individual y separada. Se considera, por tanto, nulo y se tiene por no puesto el acuerdo de sumisión que no cumpla las condiciones previstas en el art. 468 LNM, que por inverosímil que pueda parecer, resultan ser de difícil cumplimiento.

44. Todo lo hasta aquí expuesto carecería de sentido sin conocer la verdadera intrahistoria de esta norma. El art. 468 LNM en realidad persigue evitar la fuga de litigios de la jurisdicción española en favor de otros tribunales extranjeros. España es un país de cargadores y receptores de mercancías, no de navieros. El tráfico marítimo está dominado por navieras extranjeras que sitúan los litigios fuera de España a través de las cláusulas de elección de foro²⁴. La previsión legal persigue neutralizar la sumisión a tribunales extranjeros para que las compañías de seguros españolas puedan litigar en nuestro país. En estos casos, suele ser el portador la parte contra la que se interpone la demanda en España siendo demandante el destinatario de las mercancías o su aseguradora o el cargador o su aseguradora cuando se ha producido un daño o perjuicio en la mercancía derivado del transporte marítimo²⁵.

45. Pero, siendo esta la verdadera e “inconfesable” intención de la norma, cabría preguntarse de qué serviría “retener” la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, si una vez dictada la sentencia y teniendo en cuenta que el demandado/porteador, -normalmente, una empresa con sede en el extranjero, ésta deberá ser reconocida y ejecutada en otro país para ser efectiva. Y es aquí, en este sector el Derecho Internacional Privado, cuando el Estado requerido pudiera denegar efectos a la sentencia española por no haber respetado los tribunales del Estado de origen la cláusula de elección de foro contenida en el conocimiento de embarque por ser válida con arreglo a la legislación del Estado requerido. EL art. 468 LNM se convertiría así en un auténtico “brindis al sol” con notables consecuencias económicas para quien fuera parte demandante en España.

46. No obstante, el alcance del art. 468 LNM es muy limitado. Tal y como indica la propia norma, solo podrá aplicarse en defecto de instrumentos legales europeos e internacionales. Por tanto, el art. 468 LNM no se aplicará cuando el tribunal elegido por las partes en el conocimiento de embarque sea el

²⁴ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado* 2ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 2644-2645.

²⁵ Ni en la primera versión de la Propuesta de Anteproyecto de febrero de 2004, ni en el texto aprobado por el Ministerio de Justicia en julio de 2006, se contenía regulación alguna sobre normas de competencia judicial internacional. Tampoco durante la tramitación parlamentaria del proyecto en las distintas legislaturas en las que caducó, se intentó su inclusión por vía de enmienda. No fue hasta la tercera presentación del Proyecto, en octubre de 2012, cuando se plasmó la voluntad de reglar la materia, por la reconocida intervención de relevantes grupos de presión del sector, principalmente compañías de seguros. *Vid.* J.J. PÉREZ BENÍTEZ, *loc. cit.*, p. 210.

tribunal de un Estado miembro de la UE o el tribunal de un Estado miembro de la EFTA. En tales casos, procederá aplicar el RBI-bis y el Convenio de Lugano II que, como ya se ha indicado anteriormente, admiten el consentimiento presunto (conforme a los usos del comercio internacional) como requisito de validez formal en las cláusulas de elección de foro.

47. No sucede lo mismo con el art. 251 LNM, destinado a regular la eficacia traslativa de las cláusulas de elección de foro contenidas en conocimientos de embarque. La remisión expresa que realiza la mencionada norma al art. 468 LNM, haría pensar a primera vista que el art. 251 LNM solo sería operativo en aquellos supuestos de elección de tribunales de terceros Estados. Pero, precisamente es la aplicación e interpretación de esta norma en relación con la jurisprudencia del TJUE, concretamente en el asunto *Coreck Maritime*, la que divide a doctrina y jurisprudencia en España entre aquellos que extienden la aplicación del art. 251 LNM a los supuestos regulados por el RBI-bis y aquellos otros que limitan el alcance del art. 251 LNM al ámbito de aplicación del art. 468 LNM (elección de tribunales de terceros Estados).

2. Efectos frente a terceros de las cláusulas de elección de foro insertas en conocimientos de embarque (art. 251 LNM)

48. El conocimiento de embarque es un documento emitido tras la celebración del contrato de transporte entre porteador y cargador, que se entrega a este último una vez la mercancía ha sido cargada en el buque.

49. Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, el conocimiento de embarque es un título valor. Así lo contempla la propia LNM (arts. 251 y 254), al otorgar a dicho documento las propiedades típicas de los títulos valores: 1) la adquisición de buena fe; 2º) la inoponibilidad a terceros de las excepciones que se tuvieran contra el cargador o primer tenedor del documento. Por tanto, y según la teoría general de los títulos valores, cuando el conocimiento de embarque se adquiere de buena fe, todas las obligaciones, derechos y acuerdos que contenga el documento pueden oponerse a terceros²⁶.

50. El art. 251 LNM proclama el principio de oponibilidad frente a terceros al disponer que “el adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías”. Pero, a continuación el mismo art. 251 LNM establece a una excepción a dicho principio respecto a las cláusulas de elección de foro, que sólo podrán oponerse frente a terceros si han sido negociadas en los términos señalados en el art. 468 LNM. En otras palabras, para que la cláusula de elección de foro contenida en el conocimiento de embarque pueda oponerse a terceros debe haber sido negociada de forma individual y separada entre el porteador y el tercer adquirente, no considerándose suficiente en este sentido que la cláusula aparezca inserta en el documento tal y como establece el art. 468 párrafo 2º LNM. Incluso cuando la cláusula de elección de foro haya sido pactada entre el porteador y el cargador en los términos previstos en el art. 468 LNM, esto es, de manera individual y separada, no podrá oponerse a terceros salvo que haya sido negociada de nuevo entre el porteador y cada uno de los nuevos adquirentes de manera individual y separada.

51. Al igual que el art. 468 LNM establece una excepción sin parangón a las normas sobre condiciones generales de la contratación, el art. 251 LNM en sede de eficacia traslativa del conocimiento de embarque, introduce una excepción sin justificación a la regla más básica, elemental y general del Derecho de los títulos valores. Además, tal y como sucede con el art. 468 LNM, la exigencia establecida en el art. 251 LNM se torna de imposible cumplimiento en la práctica. Resulta difícil, por no decir imposible, pensar que una naviera, que desconoce a los potenciales tenedores del conocimiento de embarque-, documento que por esencia está destinado a circular-, negocie con todos y cada uno de ellos de forma

²⁶ A. ZURUMENDI ISLA, *loc. cit.*, pp. 90-92.

individual y separada la cláusula de elección de foro incluida válidamente en el documento inicialmente entregado al cargador. Precisamente y por esta misma razón, en el tráfico marítimo internacional, el tenedor de un conocimiento de embarque conoce o debe conocer que dicho documento contiene una cláusula de elección de foro, y que a pesar de no haberla negociado, la podrá oponer frente a terceros siempre y cuando hubiese sido acordada válidamente entre el porteador y el cargador en el contrato original.

52. La finalidad del art. 251 LNM más que evitar abusos frente a la imposición de una cláusula de elección de foro contenida en un conocimiento de embarque que pudiera resultar abusiva por sorpresiva, circunstancia que no concurre por tratarse de un extendido uso del comercio internacional-, trata de bloquear/anular la competencia judicial internacional de los tribunales extranjeros, atrayendo hacia la jurisdicción española los litigios derivados de los contratos de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque.

53. Con anterioridad a la entrada en vigor de la LNM (2014), el problema del alcance del consentimiento como condición de eficacia de las cláusulas de elección foro insertas en conocimientos de embarque venía resolviéndose de manera pacífica en España con arreglo la jurisprudencia del TJUE. Según los criterios establecido en la STJUE asunto *Coreck Maritime*, la cláusula de jurisdicción inserta en un conocimiento de embarque será oponible frente al tercero tenedor del conocimiento si éste ha sucedido al cargador de acuerdo con el Derecho nacional aplicable. Solo en el caso de que el tenedor no suceda al cargador, habrá que comprobar que el acuerdo de elección de foro ha sido consentido válidamente. De esto se deducía, aplicando el art. 708 CCOM, ya derogado, que con arreglo al Derecho español, la cláusula de elección de foro contenida en un conocimiento de embarque era oponible a dicho tercero, y en su caso, a la aseguradora de acuerdo con el art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro. Habiendo sucesión, resultaba indiferente que el tercero hubiera prestado o no su consentimiento para quedar vinculado por la cláusula²⁷.

54. No obstante, ciertos operadores nacionales implicados en el tráfico marítimo internacional vieron rápidamente en la doctrina *Coreck Maritime* una puerta abierta a la posibilidad de limitar la eficacia traslativa de la cláusula de elección de foro inserta un conocimiento de embarque a través de la remisión efectuada al “Derecho nacional aplicable” en la mencionada sentencia. Bastaba pues, según pensaban, con modificar la legislación española para impedir la oponibilidad a terceros de la cláusula de elección de foro contenida en un conocimiento de embarque y exigir, al mismo tiempo, rígidos requisitos de forma para la validez del consentimiento, y así bloquear/anular el foro de sumisión expresa a tribunales extranjeros y atraer hacia la jurisdicción española la litigación marítima internacional. Por fin, España volvería a ser un gran Imperio y los arts. 251 y 468 LNM su estandarte.

55. Este planteamiento que late en los arts. 251 y 468 LNM merece, sin embargo, ser objeto de alguna que otra consideración:

56. Primera. La remisión efectuada por la jurisprudencia europea al “Derecho nacional aplicable” para determinar la oponibilidad o inoponibilidad de los derechos y obligaciones contenidos en el conocimiento de embarque frente a terceros, ha de entenderse realizada a la Ley que, en virtud de las normas de conflicto del foro, rige la relación jurídica cuya eficacia traslativa se discute. La aplicación de la *lex fori* (Derecho sustantivo de los tribunales ante los que se ha interpuesto la demanda) en tales casos, debe ser descartada porque, entre otras razones, conduciría a una posible diversificación de soluciones, contraria a la pretendida unificación y armonización dentro de la UE. Por tanto, teniendo en cuenta que el conocimiento de embarque es un título valor, y que sobre esta materia no existen instrumentos internacionales en vigor para España, procedería aplicar a esta cuestión el art. 10.3 CC. Dicha disposición indica que: “la emisión de los títulos valores se atendrá a la Ley del lugar en que se produzca”. De tal manera que, solo procederá la aplicación del Derecho sustantivo español (art. 251 LNM) para deter-

²⁷ *Vid.* SSTS 29 septiembre 2005, 8 febrero 2007, 5 julio 2007, 27 mayo 2008.

minar la eficacia traslativa del conocimiento de embarque, cuando el mencionado documento se haya emitido en España.

57. Segunda. Una vez determinado el título “competencial” en cuya virtud podría ser de aplicación el Derecho español, procedería determinar su ámbito material de aplicación. Y en este sentido, la sentencia *Coreck* establece claramente que corresponde al “Derecho nacional aplicable” determinar si el tenedor sucede o no al cargador en sus derechos y obligaciones, pero nada más.

58. Tercero. Si el Derecho nacional aplicable al conocimiento de embarque contempla la sucesión del tenedor/adquiriente en los derechos y obligaciones del cargador, la cláusula de elección de foro se considerará oponible a terceros. Caso contrario, el tribunal procederá a comprobar conforme al art. 25 RBI-bis que el tenedor del conocimiento de embarque ha manifestado válidamente su consentimiento a la cláusula de elección de foro²⁸.

59. Cuarto. Por tanto, el principio de inoponibilidad de la cláusula de elección de foro establecido en el art. 251 LNM, salvo negociación individual y separada del acuerdo en los términos establecidos en el art. 468 LNM, solo sería operativo en defecto de aplicación de instrumentos legales internacionales y europeos. Esto es, la aplicación de los arts. 251 y 468 LNM quedaría limitada a los acuerdos de sumisión expresa a tribunales de terceros Estados.

60. Este planteamiento, sin embargo, no es compartido por cierto sector de la doctrina y de la jurisprudencia española. Desde esta perspectiva, se defiende la aplicación del art. 251 LNM con independencia de cual haya sido el tribunal designado por las partes en el acuerdo de elección de foro (tribunal de un estado miembro UE/EFTA o tribunal de un tercer Estado), y con independencia de la regulación internacional aplicable a los acuerdos de sumisión expresa²⁹. Desde esta posición se considera que debe ponerse fin al automatismo de las cláusulas de elección de foro insertas en conocimientos de embarque porque al no ser negociadas de manera individual y separada, rompen el equilibrio contractual entre las partes y ponen en peligro la tutela judicial efectiva, al impedir el acceso a los tribunales más cercanos y vinculados con el litigio.

70. Ahora bien, esta aplicación e interpretación del art. 251 LNM en relación con el art. 468 LNM, cuando el tribunal elegido por las partes en la cláusula de elección de foro inserta en el conocimiento de embarque es el tribunal de un Estado miembro UE, implica añadir requisitos adicionales a la regulación europea de la sumisión expresa. Algo que está vetado a las legislaciones nacionales en el ámbito del art. 25 RBI-bis. Por otro lado, supone desconocer el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español y la propia dicción de la LNM. El propio art. 251 LNM indica que los acuerdos de jurisdicción requerirán el consentimiento del adquirente “en los términos señalados en el Capítulo I del Título IX”. Y, precisamente el art. 468.1 LNM comienza recordando que los convenios internacionales vigentes en España y las normas de la UE prevalecen sobre la normativa interna. También lo indica así el art. 2. 1 LNM. Por tanto, en tales casos, la aplicación del art. 251 LNM ha de limitarse a la eficacia traslativa de la cláusula de elección inserta en el conocimiento de embarque y no al consentimiento, que deberá regirse por el art. 25 RBI-bis. Finalmente, señalar que la interpretación de las normas contenidas en la LNM ha de realizarse teniendo en cuenta los instrumentos internacionales en vigor para España y atendiendo a la conveniencia de promover la uniformidad en la regulación del tráfico marítimo interna-

²⁸ I. ARROYO MARTÍNEZ, “Art. 251. Eficacia traslativa”, en I. ARROYO MARTÍNEZ/J. A. RUEDA MARITÍNEZ (Coords.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio de Navegación Marítima*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 841 y 842; T. FERNÁNDEZ QUIRÓS, “Oponibilidad frente a terceros de las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, Madrid, 215, pp. 429-440; M. GÓMEZ JENE, *loc. cit.*, pp. 116-118; F. B. LANGELAAN OSSET, *loc. cit.*, pp. 434 y 435; J.J. PÉREZ BENÍTEZ, *loc. cit.*, p. 212; E. TORRALBA MENDIOLA, *loc. cit.* p. 127.

²⁹ En este sentido, J. L. GABALDÓN GARCÍA, *Compendio de Derecho Marítimo español*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 256; A. M^a. SÁNCHEZ-HORNEROS ADÁN, “La Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima: última llamada para la jurisdicción española en asuntos marítimos”, *Diario La Ley*, núm.8802, 2016.

cional (art. 2 LNM).

71. Pero incluso en el caso de que resultara de aplicación el art. 251 LNM por haber sido designados los tribunales españoles o en calidad de *lex fori*, la forma de prestación del consentimiento no queda regulada por la ley nacional, sino por el art. 25 RBI-bis. Y, el RBI-bis sigue el criterio del consentimiento presunto. Así lo venían aplicando los tribunales españoles antes de la LNM (2014).

V. Aplicación de los arts. 251 y 468 LNM por jueces y tribunales españoles

72. El enfrentamiento doctrinal sobre la aplicación e interpretación de los arts. 251 y 468 LNM ha trascendido a los jueces y tribunales españoles. Aunque la casuística es muy diversa, el prototipo de litigio que está llegando a nuestros tribunales responde, *grosso modo*, al siguiente patrón: se interpone demanda en España contra el porteador/naviera con sede en el extranjero siendo parte demandante el cargador/vendedor o la compañía de seguros o el tenedor del conocimiento de embarque o su compañía de seguros por daños, retrasos o incidencias en la mercancía derivados del transporte marítimo. Una vez notificada la demanda, el demandado se presenta para impugnar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles mediante declinatoria internacional, alegando la existencia de un acuerdo de sumisión expresa a tribunales extranjeros, inserto en el conocimiento de embarque.

73. La cuestión jurídica por dilucidar en estos casos es si el tenedor del conocimiento de embarque o, en su caso, la compañía de seguros que ejerce la acción de repetición tras haber indemnizado al asegurado por los daños sufridos en la mercancía, queda o no vinculado/a por la cláusula de elección de foro, que nunca negoció y que se encuentra inserta en el conocimiento de embarque.

74. Las Audiencias Provinciales están resolviendo de manera contradictoria este tipo de litigios. Así mientras unos tribunales consideran de aplicación el art. 251 en relación con el art. 468 LNM incluso cuando el tribunal elegido por las partes es el tribunal de un Estado miembro de la UE o de un Estado parte de la EFTA, otros limitan la aplicación de los arts. 251 y 468 LNM solo a los supuestos de sumisión expresa a tribunales de terceros Estados.

75. Así, por ejemplo, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de mayo de 2020 en un supuesto de oponibilidad a terceros de una cláusula de sumisión a tribunales de Londres contenida en un conocimiento de embarque, siendo aun el Reino Unido Estado miembro de la UE, el mencionado tribunal estima que tras la entrada en vigor de la nueva LNM (2014) resulta necesario distinguir según que la relación procesal se establezca entre el cargador y el portador o entre el destinatario o sucesivos tenedores del conocimiento de embarque. En el primer caso, resulta de aplicación el art. 25 RBI-bis, sin que el art. 468 LNM modifique la situación anterior. Sin embargo, en el segundo supuesto, “la nueva LNM modifica el régimen de oponibilidad de las cláusulas de sumisión a terceros que no son parte en el contrato”. Al no ser una cuestión regulada por el art. 25 RBII-bis, procede, siguiendo la STJUE de 9 noviembre de 2000, asunto *Coreck Maritime*, aplicar el Derecho español (*lex fori*), concretamente, el art. 251 LNM y, por tanto, desestima la declinatoria de jurisdicción³⁰. Especialmente revelador resulta en este sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de mayo de 2020 al señalar que “de acuerdo con la Sentencia TJUE de 9 de noviembre de 2000 (asunto *Coreck Maritime*), frente al tercero tenedor la cláusula de sumisión sólo es oponible si este ha sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones “en virtud del Derecho aplicable”, correspondiendo al órgano jurisdiccional, de acuerdo con sus normas de Derecho Internacional Privado, decidir qué legislación es aplicable, tal y como precisa el apartado 30 de la sentencias”. Ahora bien, para la Audiencia Provincial de Barcelona “el juez nacional, lógicamente, no es aquel al que se someten las partes (en este caso, el Tribunal de Comercio de Marsella) sino aquel que conoce de la demanda, pues en otro caso *se estarían anticipando los efectos*

³⁰ AAP Barcelona (Sección nº 15), 20 mayo 2020, FD. 18-23, ECLI: ES:APB:2020:3145A

de la cláusula de sumisión, y el derecho nacional, en el caso de España, vendría representado por el art. 251 LNM, que regula la eficacia traslativa del conocimiento de embarque, precepto que exige el consentimiento del adquirente para resultar concernido por la cláusula de sumisión expresa”³¹.

76. A una solución totalmente distinta llega el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) de 21 de diciembre de 2020, en un caso muy similar al expuesto anteriormente: oponibilidad a terceros de una cláusula de sumisión expresa a tribunales de Londres antes de consumarse el Brexit. En esta ocasión, la Audiencia Provincial de Pontevedra considera que “si resulta de aplicación la normativa comunitaria, como es el caso, el art. 251 LNM cede frente a las exigencias del Reglamento Bruselas I-bis, al igual que prevé el propio art. 468 LNM. En consecuencia, la exigencia de la negociación individual y separada de la cláusula de jurisdicción sólo es aplicable cuando la cláusula atribuya jurisdicción a un Estado no miembro (FD 2º)”³².

77. Finalmente, y aunque sólo sirva a modo de anécdota, nunca faltan aquellos supuestos algo “exóticos” en los que los tribunales españoles terminan enjuiciando la validez de una cláusula de sumisión expresa a tribunales extranjeros (Estado no miembro UE ni Estado parte en el Convenio de Lugano) inserta en un conocimiento de embarque, “de acuerdo con el art. 23 Convenio de Lugano y el art. 22 y 22 *quinquis* LOPJ con relación al art. 468 LNM”. En este caso concreto, a pesar de que el demandado tenía su domicilio en Suiza, no se cumplían los requisitos de aplicación del art. 23 Convenio de Lugano, en tanto que el tribunal elegido por las partes no era el tribunal de un Estado parte del mencionado instrumento internacional³³.

77. Con este telón de fondo, la cuestión prejudicial ante el TJUE no se ha hecho esperar. El 25 de mayo de 2022 la Audiencia Provincial de Pontevedra presentó ante el TJUE la petición de tres decisiones prejudiciales en los asuntos: Maersk c. Allianz Seguros y Reaseguros SA (Asunto C-345/22); Mapfre España Compañía de Seguros y Reaseguros SA c. MACS Maritime Carrier Shipping Gmh & Co. (Asunto C-346/22) y Maersk c. Allianz Seguros y Reaseguros SA (Asunto C-347/22)³⁴.

78. En los tres casos, la Audiencia Provincial de Pontevedra plantea las mismas cuatro cuestiones prejudiciales: 1ª) Si la regla del art. 25 RBI-bis, cuando establece que la nulidad de pleno derecho del acuerdo de jurisdicción debe analizarse conforme a la legislación del Estado miembro al que las partes han deferido la jurisdicción comprende también la cuestión de la validez de la extensión de la cláusula a un tercero no parte en el contrato en el que la cláusula se establece; 2ª) Si, en los casos en los que el tenedor del conocimiento de embarque no ha intervenido en la contratación entre el cargador y el porteador, puede considerarse compatible con el art. 25 RBI-bis y con la jurisprudencia que lo interpreta, una norma como el art. 251 LNM, que exige para su oponibilidad frente a terceros, que la cláusula de jurisdicción haya sido negociada de forma individual y separada; 3ª) si conforme al Derecho de la UE resulta posible que la legislación de los Estados miembros establezcan requisitos adicionales de validez para la eficacia frente a terceros de las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque; 4ª) Si una norma como la contenida en el art. 251 LNM, que establece que la subrogación del tercero tenedor sólo se produce de forma parcial, con exclusión de prórroga de jurisdicción, supone la introducción de un requisito adicional de validez de estas cláusulas contraria al art. 25 RBI-bis.

³¹ AAP Barcelona (sección 15ª), 29 mayo 2020, FD 20, ECLI: ES:APB:3847ª. Vid. En este mismo sentido: AAP Barcelona (Sección 15ª), 24 abril 2020, ECLI:ES:APB:2020:2814ª; AAP Barcelona (Sección 15ª), 7 de octubre 2019 ECLI:ES:APB:2019:7577ª; AAP Barcelona (Sección 15ª), 21 diciembre 2016.

³² AAP Pontevedra (Sección 1ª), 21 diciembre 2020, ECLI: ES:APPO: 2020:2118ª. Siguen esta misma línea jurisprudencial: AAP (Sección 1ª) Pontevedra, 16 octubre 2017, ECLI:ES:2017:3336ª; AAP Madrid (Sección 28ª), 5 julio 2019, ECLI: ES:APM:2019:255ª; AAP Cádiz, 8 enero 2019, ECLI: ES:APCA:2019:36ª; AAP Valencia (Sección 9ª) 27 enero 2020:305ª.

³³ AAP Valencia (Sección 9ª), 10 mayo 2022, ECLI:ES:APV:2022:4344A

³⁴ *DOUE* C368/12, 26 septiembre 2022. Vid. R.ARENAS GARCÍA/C. GÓRRIZ LÓPEZ, “Efectos frente a terceros de las cláusulas de elección de tribunal contenidas en conocimientos de embarque. A propósito de as cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de Pontevedra en 2022”, *Diario La Ley Unión Europea*, nº 107, octubre 2022.

79. En definitiva, será el TJUE quien decida, ante el silencio del art. 25 RBI-bis, qué Ley rige la oponibilidad frente a terceros de la cláusula de elección de foro inserta en un conocimiento de embarque y aclare en este sentido la remisión efectuada por la Sentencia de 9 de noviembre de 2000, en el asunto *Coreck Maritime* al “Derecho nacional aplicable”: si la ley que rige la validez material del acuerdo de jurisdicción, que según el art. 25.1 RBI-bis es el Derecho del Estado cuyos tribunales han sido designados por las partes, incluidas las normas de Derecho Internacional Privado (Considerando 20 RBI-bis), o por el contrario, el Derecho nacional que, según las normas de Derecho internacional privado del foro, rige la relación jurídica cuya sucesión en derechos y obligaciones se discute, o la *lex fori* (el Derecho interno del Estado ante cuyos tribunales se ha interpuesto la demanda), tal y como lo entienden algunos tribunales en España.

80. Pero también tendrá que dilucidar en TJUE si habiendo sido elegidos como tribunales competentes en el acuerdo de jurisdicción contenido en el conocimiento de embarque los tribunales de un Estado miembro, y por tanto en el ámbito del art. 25 RBI-bis, es posible aplicar la exigencia del art. 251 LNM: consentimiento individual y separado del acuerdo para enjuiciar la validez de la cláusula cuando ésta se transmite a un tercero. Y finalmente, y en caso de que los Estados miembros de la UE puedan establecer requisitos de validez añadidos al art. 25 RBI-bis, algo que como ya se ha indicado a lo largo de este trabajo no es posible según la propia jurisprudencia del TJUE, si cabe considerar que la exigencia de consentimiento individual y separado del acuerdo de jurisdicción contenido en un conocimiento de embarque como condición sine qua non para que se produzca la transmisión del acuerdo al tercero adquirente junto a los demás derechos y obligaciones contenidos en el conocimiento de embarque, es un requisito añadido por el legislador español a la validez de las cláusulas de elección de foro del art. 25 RBI-bis.

IV. Conclusiones

81. Antes de la entrada en vigor de la LNM (2014), que introdujo nuevas normas de competencia judicial internacional para los contratos de utilización de buque y los contratos auxiliares de la navegación en el ordenamiento jurídico español, los problemas de validez formal y de oponibilidad a terceros de las cláusulas de elección de foro insertas en conocimientos de embarque, se venía resolviendo de forma pacífica por los tribunales españoles mediante la aplicación del art. 25 RBI-bis y de la jurisprudencia del TJUE. Se guardaba un equilibrio entre la seguridad jurídica y la falta de formalidades en las operaciones marítimas internacionales, flexibilizando los requisitos de validez formal al admitir como válido el consentimiento manifestado por las partes conforme a los usos del comercio internacional.

82. La irrupción de los arts. 251 y 468 LNM ha supuesto la ruptura de la mencionada armonía al exigir, en contra de la regulación establecida en los instrumentos internacionales (RBI-bis y Convenio de Lugano II), rígidos requisitos de forma a la validez de las cláusulas contenidas en los contratos de transporte internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. La verdadera finalidad de estas normas no es tanto potenciar la seguridad jurídica, a costa de introducir excepciones injustificadas a los principios generales de las condiciones generales de la contratación y de los títulos valores, sino atraer hacia la jurisdicción española los litigios derivados de la contratación marítima internacional.

83. El art. 468 LNM, que somete la validez del acuerdo de elección de foro en los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías, al consentimiento individual y separado, solo puede aplicarse en defecto de instrumento internacional. Por tanto, solo resulta operativo cuando el tribunal elegido por las partes no sea el tribunal de un Estado miembro (RBI-bi) o el tribunal de un Estado parte de la EFTA (Convenio de Lugano II).

84. Si resultara de aplicación el RBI-bis o el Convenio de Lugano II, por haber sido elegido como tribunal competente el tribunal de un Estado miembro UE o el tribunal de un Estado parte de la EFTA (Convenio de Lugano), el art 251 LNM sólo debería aplicarse para determinar, según la sentencia

TJUE en el asunto *Coreck Maritime*, si el adquirente del conocimiento de embarque sucede o no al cargador en todos sus derechos y obligaciones. Y como esto no sucede según el art. 251 LNM, el consentimiento del tenedor y el porteador al acuerdo de jurisdicción debería comprobarse con arreglo al art. 25 RBI-bis, y no conforme al art. 468 LNM que exige consentimiento individual y separado. De lo contrario, el Derecho español estaría añadiendo requisitos adicionales al art. 25 RBI-bis, algo que según el propio TJUE le está vetado.

85. Por otro lado, a la espera de lo que resuelva el TJUE al hilo de la cuestión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Pontevedra en relación al art. 251 LNM y el art. 25 RBI-bis y aún a riesgo de equivocarnos, ante el silencio de esta última disposición y en aplicación de la sentencia del TJUE en el asunto *Coreck Matime*, la eficacia traslativa de las cláusulas de elección de foro insertas en el conocimiento de embarque debería regirse por el Derecho aplicable que, según las normas de conflicto del foro, ha de regir las relación jurídica cuya eficacia traslativa se discute, en este caso, el conocimiento de embarque.

86. Con este telón de fondo, podemos concluir que, tal vez, hubiese sido mejor que los arts. 251 y 468 LNM no hubiesen nunca existido.

Algunas notas sobre el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena

Some notes on indigenous law and special indigenous jurisdiction

PROF. DRA. MARÍA DEL ÁNGEL IGLESIAS
UNIR, Universidad Internacional de La Rioja

Recibido:25.10.2022/Aceptado:24.11.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7547

Resumen: El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas conduce, en su necesaria evolución, al del fuero especial indígena y, con él, al de una jurisdicción especial entendida como la facultad de administrar justicia en las diferentes ramas del derecho, de acuerdo con unos usos y costumbres ancestrales, unas normas y procedimientos propios y, en definitiva, un sistema particular. Ello supone que, junto al derecho estatal, existe una suerte de excepcionalidad cuando se dan determinados requisitos que estas líneas abordan, y que en su aplicación ponen de manifiesto problemas relativos a la competencia y a la ley aplicable, y al reconocimiento de las decisiones dictadas en sede especial; excepción que tiene sus primeros límites objetivos en la afectación de la Constitución, de los derechos humanos y del orden público. Todo ello, partiendo del reconocimiento del pluralismo jurídico, de la pluralidad étnica, de la multiculturalidad e identificación cultural y de la libre determinación de los pueblos entendida dentro del respeto a la soberanía e integridad del Estado.

Palabras clave: Jurisdicción Especial Indígena, Pluralismo jurídico, Ley aplicable, Fuero indígena, Interés nacional afectado.

Abstract: The recognition of the rights of indigenous peoples leads, in its necessary evolution, to the recognition of a particular indigenous jurisdiction, understood as the power to administer justice in the different branches of law, following ancestral uses and customs, their own rules and procedures and, in short, a certain legislation. It implies that, together with state law, there is a kind of exceptionality when specific requirements are met, which these lines address. Its application reveals problems relating to jurisdiction and the applicable law, and the recognition of the decisions issued in a particular venue; an exception that has its objective limits in the affectation of the Constitution, human rights and public order. All this is based on the recognition of legal pluralism, ethnic plurality, multiculturalism, and cultural identification and self-determination of peoples understood within the respect for the sovereignty and integrity of the State.

Keywords: special indigenous jurisdiction, legal pluralism, applicable law, indigenous jurisdiction, national interest.

Sumario: I. Introducción. II. El reconocimiento de la identidad cultural como base del reconocimiento del fuero especial indígena. III. Panorama general del reconocimiento legal (y jurisprudencial) de un derecho propio de los pueblos indígenas. IV. El fuero indígena. 1. Concepto y caracteres. 2. Elementos para su aplicación. 3. El elemento subjetivo, el estatus de indígena: problemas de aplicación. 4. El elemento geográfico. V. Límites de la aplicación del derecho indígena. 1. La primacía de la Constitución y la observancia de los derechos humanos. 2. Límite material del fuero especial indígena. VI. La Jurisdicción especial indígena. 1. Aproximación conceptual. 2. Sistema organizativo. 3. El reconocimiento de decisiones y sus límites. VII. Ideas finales.

I. Introducción

Nosotros no dependemos de una Ley normativa, sino una ley de origen, que nos fue legada desde antes; [...] La libre determinación, desde nuestra concepción, no se puede limitar solamente a un documento escrito impuesto desde las comprensiones y el derecho no indígena [...] “nos regimos por leyes y códigos diferentes, nuestros mandatos vienen desde el origen del mundo, los cuales nos orientan nuestro comportamiento en los territorios donde nos dejó el Padre Creador; así como establecen las formas de interrelación con todos los seres existentes en el mundo [...] Nosotros nos regimos por la palabra, por los sueños, por signos, por otras formas de ser y estar en el mundo”¹.

1. La existencia de Estados en los que coexisten diferentes ordenamientos denominados plurilegislativos no es un fenómeno infrecuente en los sistemas jurídicos actuales, lo que puede deberse a particulares estructuras territoriales (como la española) o diferencias *ratione personae*². Ello origina problemas relativos a la determinación de la autoridad llamada a conocer del asunto planteado y de las normas aplicables para resolver el fondo de la cuestión, así como del reconocimiento de las decisiones adoptadas por aquella, fenómeno que es bien conocido en el derecho internacional privado y en el derecho interregional.

Dentro del segundo grupo de ordenamientos mencionados con la diferencia por razón de la persona (Estados con diferente base personal) situamos el fuero especial indígena y su jurisdicción. Como recordó la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-1105-08³, los derechos de las comunidades indígenas no pueden ser confundidos con los derechos colectivos de otros grupos humanos, a la vez que consideró que estas son un “verdadero sujeto colectivo y no ... una sumatoria de individuos particulares que comparten una serie de derechos o intereses difusos”, poniendo de relieve que existen unos derechos distintos, de las comunidades indígenas, que no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos.

2. Las comunidades indígenas son, en sí mismas, sujetos de derechos fundamentales. “La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser ‘sujeto’ de derechos fundamentales”. De ello da muestra la doctrina y la jurisprudencia⁴. Y, así, del desarrollo de esta realidad y, con ella, del derecho a la libre determinación de estos pueblos y del reconocimiento de una identidad particular con una cultura propia y su práctica (con todo lo que ello implica), deriva el derecho a que ahora hacemos referencia, el fuero indígena.

Estas afirmaciones no serían posible sin una amplia comprensión de lo que signifique, de un lado, el hecho y la identidad cultural indígena, de su alcance y sus implicaciones, y, de otro, del desarrollo del principio de la libre determinación de los pueblos que “begins ans ends with theat of secession and dismemberment of the state⁵” concretándose fundamentalmente en el derecho a la autonomía o autogobierno, a tener sus propias instituciones, controlar sus territorios, recursos, mantener un determinado orden político, social y cultural sin interferencia externa, estableciendo las relaciones con la sociedad “dominante” y el Estado sobre la base del consentimiento⁶. “Control and consent are the principal concepts underlying this approach⁷”.

¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales”. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 413 de 28 diciembre 2021, p. 31.

² Sobre los ordenamientos jurídicos plurilegislativos y sus clases, vid. A.L CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (DIRS.) *Tratado de Derecho Internacional privado*. Tomo 1, pp.634 y ss. Tirant lo Blanch, 2020.

³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de 6 de noviembre de 2008. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) utiliza la letra “T” para identificar las acciones constitucionales de tutela y la letra “H” para las decisiones de hábeas corpus. REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Circular 04 de 2014, pág. 2.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, sentencia T-380 de 1993. En este mismo sentido, apoyándose en los artículos 1, 83, 84 y 191 de la Constitución de Ecuador, se pronuncia R. LLASAG FERNÁNDEZ, en “Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario”.

⁵ H. R BERMAN, O. LYONS y R. A. FALK, (1993). *Indigenous Peoples and the Right to Self-Determination*. Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), 87, 190–204. p. 190.

⁶ Sobre la cuestión, ver la reciente publicación (Informe) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales”.

⁷ H. R BERMAN, O. LYONS y R. A. FALK, cit, p. 191.

3. Debemos precisar, necesariamente, que en este trabajo nos centramos, principalmente, en el área hispanoamericana donde destaca, diríamos notablemente, el caso de Colombia, al haber pronunciado su Corte Constitucional el mayor número de sentencias, invocadas, después, por otros Estados. Las razones van desde la de ser el ámbito más cercano a nuestra historia, hasta la de ser el espacio donde encontramos un mayor desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal en la materia. Por lo que se refiere a la estructura de esta contribución y aunque el orden competencia-ley aplicable-reconocimiento se nos revele el orden lógico de exposición, al tratar esta cuestión del fuero indígena no podemos sino comenzar por la determinación del fuero y su alcance personal, material, geográfico y de otro orden, ya que la determinación de estos es fundamental para ponderar la cuestión de la jurisdicción de forma más acertada.

4. Así, después de establecer el marco legal en que este pluralismo jurídico “ordinario-indígena” halla su base jurídica, pasaremos a analizar el reconocimiento del fuero indígena en el orden interno de los Estados donde ha alcanzado rango constitucional, sin perjuicio de destacar otros en que parece encontrarse en fase de desarrollo y donde existen problemas de calado, para detenernos después en el fuero, su concepto, sus elementos, las materias que abarca y los límites en cuanto a su aplicación para tratar, a continuación, la cuestión de las autoridades llamadas a impartir la justicia especial indígena y el reconocimiento de sus decisiones; ello, tras una breve, pero necesaria y previa referencia a la identidad cultural, en cuyo reconocimiento encontramos “la base de las bases”: “two key concepts in international human rights law that build the protection of indigenous peoples: cultural identity and self-determination” señala M. MONTEIRO DE MATOS⁸.

II. El reconocimiento de la identidad cultural como base del reconocimiento del fuero especial indígena

5. La identidad cultural no es sino un reflejo directo del principio de dignidad humana. “Human Rights inherently invoke a challenge in the analysis of identity-formation and cultural heterogeneity dynamics, which are significant in the contemporary global democratic politics⁹”. El respeto a aquella pasa por garantizar que toda persona tiene el derecho “a identificarse con uno o varios pueblos y a no ser asimilado, en contra de su voluntad, a una determinada comunidad o cultura”. Es “un derecho síntesis que abarca tanto derechos individuales como colectivos¹⁰”.

En la sentencia T-1105/08, antes mencionada, la Corte Constitucional de Colombia afirmó que (la identidad cultural) “se proyecta en dos dimensiones: una colectiva y otra individual¹¹”; según la Corte, el sujeto del derecho es la comunidad dotada de singularidad propia, lo que no supone “que no se deban garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad, ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece¹²”. De forma similar la Suprema Corte de Justicia mexicana se pronunció, entre otras en el recurso Amparo Directo 6/2018¹³. Con esta doble visión se logra amparar tanto al grupo, comunidad como sujeto de derecho, como a quienes lo integran

⁸ M. MONTEIRO DE MATOS, “Cultural Identity and Self-Determination as Key Concepts in Concurring Legal Frameworks for the International Protection of the Rights of Indigenous Peoples”, *Cultural Heritage and International Law*. E. Lagrange et al. (eds.), Springer International Publishing AG, part of Springer Nature 2018, p. 273. Ver también Lee, H. (2012). THE IDENTITY ARGUMENT FOR NATIONAL SELF-DETERMINATION. *Public Affairs Quarterly*, 26(2), 123–139.

⁹ D. PANDE Y M. JHA, M. Cultural Identity and Human Rights: Minority Claims, Ethnic Identity and Group Rights. *Open Journal of Political Science*, 6, 351-362. doi: 10.4236/ojps.2016.64032.

¹⁰ Vid., para 106 del Documento conjunto CIDH y IWGIA. La identidad cultural es un derecho fundamental de naturaleza tanto individual como colectiva; Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 217.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de 6 de noviembre de 2008, cit. párr. 25.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-778-05 de 27 de julio de 2005, punto 4.2.

¹³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, México. Primera Sala. Recurso de Amparo Directo 6/2028, para 64, p. 28.

6. En esta consideración de derecho fundamental de la identidad cultural de la persona, comprendemos que esta no se proyecte sólo en el territorio de la comunidad sino allá donde el individuo despliega sus acciones¹⁴. Parece que, de lo contrario, de constreñir su ejercicio a aquel lugar determinado podría conducir a situaciones de segregación y exclusión. Y, puesto que partimos del reconocimiento de la diversidad cultural de las personas y de los grupos y su tratamiento en igualdad entendemos tal extensión. No obstante, diferenciamos el derecho individual de otros derechos de carácter colectivo, que sí se circunscriben al territorio en que el grupo habita; en este sentido, mencionemos a modo de ejemplo, el consentimiento previo libre e informado, el derecho a ser consultados en las actividades que se llevan a cabo en sus tierras.¹⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tuvo oportunidad de afirmar esta proyección extraterritorial, *ad ex.*, en el *asunto Saramaka*, de 2007¹⁶.

7. Más allá de la mera declaración de un derecho, el reconocimiento jurídico en los órdenes internos es una cuestión que ha sido objeto de tratamiento por los tribunales y, así, la Corte Constitucional Colombiana, mediante una profunda y amplia comprensión de lo que significa el derecho a la cultura, a la identidad cultural, ha determinado, que la competencia para juzgar o el derecho que les es aplicable, puede ser ese derecho determinado, concreto, que deriva de su autoidentificación como indígena.

8. Hasta que no ha habido un reconocimiento de ese derecho humano a una identidad cultural propia, a ejercer una cultura determinada por parte de un grupo que comparte valores comunes, el derecho de los pueblos indígenas no se ha desarrollado en la forma adecuada a sus naturales exigencias. En el apartado siguiente expondremos el desarrollo de este derecho.

III. Panorama general del reconocimiento legal (y jurisprudencial) de un derecho propio de los pueblos indígenas

9. En el orden internacional, el derecho de los pueblos y comunidades indígenas disfruta de un reconocimiento relativamente nuevo en el tiempo. El artículo 1 (común) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966 y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) del mismo año, afirma el derecho de los pueblos indígenas a determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural; el Convenio 169 de la OIT¹⁷, texto específico sobre los derechos de estos pueblos, proclama la obligación de los Estados parte de tomar en consideración las costumbres o el derecho consuetudinario de los pueblos y comunidades indígenas o el derecho de conservarlos, así como sus instituciones, con el establecimiento de “procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio” en los artículos 7 a 10..” Además, existen procedimientos específicos para las sanciones y su cumplimiento derivadas del orden penal¹⁸, si bien, en su evolución, esta jurisdicción alcanza otros órdenes, como más adelante comprobaremos.

10. Por lo que se refiere a otros textos internacionales, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas¹⁹, de carácter de *soft law*, inserta este derecho y, así, el artículo

¹⁴ Al respecto de “territorio”, este puede estar situado en más de un Estado. Las delimitaciones estatales no coinciden con las indígenas, lo que no deja de plantear un problema adicional al estar sometidas a más de una legislación estatal. En el ámbito europeo, los Sami habitan en la parte más septentrional, en Noruega, Suecia, Finlandia y la Federación Rusa.

¹⁵ En este sentido, *vid.* la sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA T-778-05 de 27 de julio de 2005.

¹⁶ CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 172, párr. 164.

¹⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C169 - Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (no. 169). Conectando con la idea anterior cuando hemos mencionado “naturales” recordemos que el primer gran Convenio, C 107 Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957, “de la Organización Internacional del Trabajo, fracasó por tener un carácter asimilador e integrador.

¹⁸ Ver artículos 9.2 y 10 del Convenio OIT 169.

¹⁹ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. A/RES/61/295. Resolución 61/295, de 13 de septiembre de 2007.

culo 5 reza que “los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones ... jurídicas” y el artículo 34 proclama que los pueblos indígenas tienen el derecho a “promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

11. En un ámbito más restringido, la Declaración Americana Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016²⁰ proclama, en el artículo VI, el derecho a sus sistemas o instituciones jurídicas y titula el artículo XXII “Derecho y jurisdicción indígena”²¹. La Convención Americana de Derechos Humanos no contiene un derecho explícito al fuero indígena y a la jurisdicción especial indígena, pero han sido reconocidos por la Corte IDH al analizar, *ad. ex.*, la personalidad jurídica del artículo 3 o el artículo 21 (propiedad privada) y, en general, merced a una interpretación amplia del *corpus iuris* de los derechos humanos.

12. La Corte ha hecho un reconocimiento del derecho propio de los pueblos y comunidades indígenas a través -fundamentalmente- de asuntos en que se planteaba el derecho a las tierras ancestrales. En el *asunto Yakye* de 2005²² hace referencia a sus tradiciones y expresiones orales, a sus costumbres, al derecho consuetudinario, filosofía y valores, lo que califica de patrimonio cultural inmaterial, resaltando la especial dependencia que se da entre los pueblos originarios y sus territorios que define sus modos de solución de conflictos.

13. En el *asunto Lhaka Honhat* de 2020²³ la Corte IDH señala en el párrafo 155 que la personalidad jurídica debe ser reconocida a las comunidades de modo que posibilite la adopción de decisiones sobre la tierra conforme a sus tradiciones y modos de organización. En el caso del sistema africano de protección de los derechos humanos, la Carta reconoce que los pueblos tienen el incuestionable e inalienable derecho a la autodeterminación en el artículo 20, derecho este que ha sido objeto de desarrollo en el *asunto Ogiek*. Se trata de un texto que integra un catálogo de derechos individuales y colectivos. Finalmente, en el caso europeo, si algo caracteriza al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hasta ahora, es la escasa/nula atención prestada a los problemas, en general, de las comunidades indígenas europeas²⁴.

14. Por lo que se refiere al derecho interno, no todos los Estados donde existen pueblos y comunidades indígenas reconocen este derecho en sus Constituciones (como no todos son parte en el Convenio OIT núm. 169, ni votaron o se han adherido, posteriormente, a la Resolución por la que se aprueba la Declaración de 2007²⁵). Si bien las posturas pueden, después, describir otro escenario interno ante la reacia actitud de compromiso con el Derecho internacional mostrada por algunos Estados, no cabe duda de que su inserción en las cartas magnas suponen un estadio de extraordinaria importancia en aras al reconocimiento de lo que no es sino un derecho derivado de la afirmación del “otro”, de su identidad cultural particular y del derecho a la libre determinación, entendida esta como derecho al autogobierno, respetando siempre la soberanía e integridad territorial, como claramente señalara, entre otros, la Corte

²⁰ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Declaración Americana Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. AG/RES. 2888 (XLVI-0/16), de 15 de junio de 2016.

²¹ A la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1978 se hará referencia más adelante especialmente al tratar el sistema regional de la región.

²² CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 154.

²³ CORTE IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400., Párrafo 155.

²⁴ IGLESIAS VÁZQUEZ M.A. “El hecho religioso en las comunidades indígenas y la jurisprudencia de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos. Especial referencia a Europa” *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, Núm. 33, 2017, pp. 461-494, p. 480.

²⁵ Los Estados que votaron a favor y en contra se encuentran listados en <https://digitallibrary.un.org/record/609197?ln=en>.

Africana y de los Pueblos en el mencionado *asunto Ogiek* o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)²⁶.

15. El área iberoamericana, como antes se señaló, se muestra como el espacio donde este reconocimiento ha logrado una mayor acogida, insertándose *ad ex.* en las Constituciones de Argentina²⁷, Bolivia²⁸, Brasil²⁹, Colombia³⁰ Ecuador³¹ México³², Perú³³ o Venezuela³⁴. En otras áreas y sin ánimo de ser, en este punto, exhaustivos, señalemos que la Constitución sudafricana reconoce el derecho indígena, de carácter consuetudinario y que debe sujetarse a la Constitución, al orden público, a las normas de justicia natural y a la ley. En Papúa Nueva Guinea, la Constitución de 1975³⁵, tras afirmar “united in one nation” reconoce “the worthy customs and traditional wisdoms of our people—which have come down to us from generation to generation”³⁶. En Canadá se percibe una lenta evolución y si bien “there is an established rationale for the recognition of Indigenous law within the Canadian legal system”, no lo es menos que “(the) courts are still reluctant to acknowledge the authority of Indigenous law on the same basis as federal and provincial legislation”. Los asuntos *Whalen v. Fort McMurray No. 468 First Nation o Alexander v. Roseau River Anishinabe First Nation y Pastion v Dene Tha’ First Nation sirven de base a K. GUNN y C. O’NEIL* para afirmar que son una prueba de que “the Federal Court has begun to seriously engage with Indigenous law *as law*”³⁷. En el marco del proceso de reconciliación canadiense, en 2017 se aprobaron los *Principles Respecting the Government of Canada’s Relationship with Indigenous Peoples*³⁸. El primero de ellos ya reconoce el derecho al autogobierno. En Australia existe también un grado de reconocimiento en el sentido de que existen tribunales especializados en cuestiones indígenas, pero, en fin, no parece estar tan desarrollado como en el área hispana, espacio donde, considerado en general, existe no sólo un mayor número de habitantes indígenas sino, insistimos, un derecho bastante más evolucionado en cuanto a la atención a los derechos de estos pueblos, por más que no sea un “sistema perfecto”.

²⁶ AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS. Application 006/2012, African Commission on Human and Peoples’ Rights v. Republic of Kenya, sentencia de 26 de mayo de 2017. En el para. 199 la Corte señala que “provided such groups or communities do not call into question the sovereignty and territorial integrity of the State without the latter’s consent. It would in fact be difficult to understand that the States which are the authors of the Charter intended, for example, to automatically recognize for the ethnic groups and communities that constitute their population, the right to self-determination and independence guaranteed under Article 20 (1) of the Charter, which in this case would amount to a veritable right to secession”. Ver, también, el trabajo de la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, para. 77, citado en este trabajo en pie de página 1, en el que se dice “(a)simismo, respondiendo a esta preocupación, tanto la Declaración de la ONU como la OEA sobre pueblos indígenas contienen disposiciones que advierten que nada contenido en las mismas puede ser interpretada en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos independientes”.

²⁷ Artículo 75.

²⁸ Cfr. arts. 1, 7, 32, 141 y 171. Constitución de 2009 del Estado Plurinacional de Bolivia.

²⁹ Cfr. art. 231.

³⁰ Cfr. art. 7 y 246. Constitución Política de Colombia.

³¹ Cfr. Capítulo IV. Constitución de la República del Ecuador. Disponible en <https://wipolex.wipo.int/es/legislation/results?countryOrgs=EC&typeOfText=204&last=true>.

³² Cfr. art. 2 que se alza como una suerte de pequeño código. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (texto refundido publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 2021).

³³ Cfr. arts. 2 y 149. Constitución Política del Perú.

³⁴ Cfr. arts. 1 y 260. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponible en <https://wipolex.wipo.int/es/legislation/details/3981>.

³⁵ Papúa Nueva Guinea, Constitución de 1975.

³⁶ El artículo 172.2. de la Constitución de Papúa Nueva Guinea dice: “Courts established under Subsection (1) may include courts intended to deal with matters primarily by reference to custom or in accordance with customary procedures, or both. “custom” means the customs and usages of indigenous inhabitants of the country existing in relation to the matter in question at the time when and the place in relation to which the matter arises, regardless of whether or not the custom or usage has existed from time immemorial.

³⁷ K. GUNN y C. O’NEIL, “Indigenous Law & Canadian Court”, January 20, 2021.

³⁸ Pueden consultarse en <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/principles-principes.html>.

IV. El fuero indígena

1. Concepto y caracteres

16. Por fuero indígena podemos entender, siguiendo a COLMENARES, el “conjunto de normas de tipo tradicional con valor cultural, no escritas ni codificadas, que están perpetradas en el tiempo y que son transmitidas oralmente por los miembros de una comunidad para luego ser reconocidas y compartidas por el grupo social³⁹”. RAMÍREZ RESTREPO identifica el fuero “con la compilación de normas y procedimientos especiales que regulan todo el escenario de las relaciones entre la sociedad nacional y los diferentes pueblos indígenas⁴⁰. La Suprema Corte de Justicia mexicana señala que es “el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas a ser juzgados y resolver sus conflictos sobre un suceso determinado por parte de las autoridades de su propia comunidad”⁴¹. Ello, añadimos, según sus propias normas y costumbres.

Recordando el carácter que apuntábamos arriba de derecho fundamental, su finalidad es la de proteger la conciencia étnica del individuo y, junto a este carácter individual, la de erigirse en garantía para las comunidades indígenas al proteger su diversidad cultural. Apuntan DÍAZ OCAMPO y ANTÚNEZ SÁNCHEZ que se basan en los principios de solidaridad, reciprocidad y colectividad⁴².

17. Como caracteres, señala SAN MIGUEL MORA que es un derecho preexistente, coexistente, autónomo, independiente y alternativo⁴³, lo que puede predicarse en su conjunto, pues uno de los elementos comunes, a la vez que diferenciador, es el de que no existe un único derecho indígena sino tantos como pueblos e incluso comunidades. Común es el hecho de que se trata de normas no escritas (al menos en principio) basadas, reiteramos, en la tradición y en las costumbres y en esta señalada transmisión oral y generacional. El carácter de consuetudinario implica su aceptación como derecho materializado en la repetición de actos. SZPAK, señala que lo que es común a los pueblos indígenas y tribales es su (particular) sentido de la Justicia “They believe that the aim of justice is to restore peace and harmony within the community by achieving reconciliation of the perpetrator of a crime or a harm with the victim and community at large”⁴⁴.

18. Por lo que se refiere al carácter de preexistente, tanto la ley como la jurisprudencia o la doctrina reconocen que existían una serie de usos y costumbres a modo de normas antes de la aplicación de los diferentes derechos europeos⁴⁵ con los que, en adelante, coexistieron en muy diferentes niveles de intensidad y forma y que lo hacen actualmente con el fuero ordinario de cada uno de los Estados donde las comunidades indígenas se encuentran⁴⁶. El artículo 191 de la Constitución ecuatoriana señala ese carácter tradicional ancestral, lo que se aplica más allá del Estado Ecuatoriano. Las obras de Francisco de Vitoria, Francisco Suarez o Bartolomé de las Casas, nuestra propia historia, nos ofrece este rasgo de modo suficiente.

³⁹ R. COLMENARES OLIVAR “El derecho consuetudinario en Venezuela: balance y perspectivas” *Revista IIDH* [Vol. 41, p. 83 jurisdicción especial indígena Colmenares, p. 99.

⁴⁰ R.A. RAMÍREZ RESTREPO. “El fuero indígena en Colombia”. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Biblioteca Jurídica Virtual*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2013. p. 197.

⁴¹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. México. Sala Primera. Amparo Directo 6/2018. Sentencia de 21 de noviembre de 2019, párr. 161.

⁴² E. DÍAZ OCAMPO Y A.I. ANTÚNEZ SÁNCHEZ, “El conflicto de competencia en la Justicia indígena del Ecuador” *Revista Temas Socio Jurídicos*, vol. 35, núm. 70, 2016, p. 101

⁴³ J. SAN MIGUEL MORA, “La consolidación de la jurisdicción indígena en México, en el siglo XXI. Interpretación y experiencia judicial desde la perspectiva de los derechos humanos. Realidad social y filosofía política con un enfoque diferenciado” *Revista IIDH. Vo. 65, 2017.*, pág. 326.

⁴⁴ A. SZPAK, “Indigenous justice systems and harmonisation with the ordinary justice system – information submitted to the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples Some remarks on the Indigenous justice systems and coordination with the ordinary justice system”, 07.04.2019, p. 3.

⁴⁵ Con esta expresión queremos hacer una referencia amplia a las normas que diferentes Estados aplicaron. En algunos Estados, se les aplicó un “régimen de misiones y a los convenios que celebraran el gobierno y la autoridad eclesiástica”. Sobre esta cuestión, la sentencia 496-96 hace un breve, pero muy ilustrativo repaso en epígrafe 2.3.

⁴⁶ Podríamos señalar que es preexistente a todo y coexistente en parte.

19. Coexiste con el derecho común y sirve a los fines, específicos, de regular la convivencia entre los miembros del grupo determinado. En esta nota comprobamos ciertos problemas de “convivencia” que ha dado lugar a una rica casuística y la colocación de la norma suprema del Estado, de la Constitución (derecho ordinario), por encima de aquél. Coexiste y se diferencia, por ejemplo, en el concreto ámbito de la justicia penal en cuanto al fin que persigue el castigo o la pena o sanción que buscan la restauración de la armonía comunitaria y el resarcimiento del daño producido. REGALADO sostiene que “las penas, en la justicia comunitaria, no se detienen principalmente en la culpabilidad dolosa o subjetiva, los hechos son objetivos y las sanciones se aplican sobre la base de la confesión y el arrepentimiento⁴⁷”.

20. Está claro que el régimen de producción no puede compararse con el ordinario, toda vez que aquel es ancestral, basado en las costumbres particulares de estos pueblos, a la vez que vivo y evolutivo (como puede ser igualmente el ordinario). El carácter autónomo es señalado por COLMENARES quien recuerda, refiriéndose a Venezuela, que esta autonomía “había sido reconocida con anterioridad con la creación de la Ley de Misiones en 1915”⁴⁸. Además, el sistema de organización en cuanto a la elección de las autoridades llamadas a resolver conflictos es independiente y, en él, gozan de libertad y de reconocimiento por parte del orden ordinario que no puede intervenir en este sistema interno.

21. Por lo que se refiere, finalmente, a su carácter alternativo, este no significa libertad de acogerse a uno u otro, ni el aplicar el fuero o no, puede estar sometido a la voluntad de la autoridad indígena. La falta, en general, de leyes de coordinación entre fueros es un factor que influye enormemente. “El fuero especial indígena tiene como condición previa, la existencia de una autoridad comunitaria capaz de emitir un juicio conforme a un sistema jurídico tradicional”⁴⁹ y de unas normas aplicables al caso que se presente. Un indígena podría preferir acogerse a la jurisdicción nacional, cuando acredite, por ejemplo, que la indígena no está en condiciones de garantizar el debido proceso. Para la Corte Colombiana, resulta posible también, en ciertas circunstancias, imponer la jurisdicción indígena y, desde luego, procede ésta en conflictos internos en que actor y afectado, incluido el bien, son indígenas. De otra parte, sí existe la posibilidad de acudir a la vía ordinaria que, entonces, habrá de acomodarse a la realidad cultural de estos pueblos, en el caso del indígena residente en grandes urbes en México⁵⁰.

2. Elementos para su aplicación

22. A efectos de establecer cuándo se aplica el fuero indígena, la sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-975-14⁵¹ recordó que, de acuerdo con su jurisprudencia, son varios los elementos a ponderar: el subjetivo, el orgánico o institucional, el elemento geográfico y el objetivo. Entiende que para que este sistema despliegue su fuerza, deben concurrir:

- a) un elemento humano, es decir un sujeto o grupo diferenciado por su etnia y su identidad cultural,

⁴⁷ J. A. REGALADO “De las sanciones y las penas en la Justicia Indígena” en *Bases para la Resolución de los Casos. Elementos y técnicas de pluralismo político*. 2012, p. 106.

⁴⁸ R. COLMENARES OLIVAR, “El derecho consuetudinario...” cit. p. 86.

⁴⁹ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Colombia. *Compilación y selección de los fallos y decisiones de la Jurisdicción Especial Indígena*. 1980-2006, p. 569.

⁵⁰ El Decreto por el que se expide la Ley de Derechos de los pueblos y barrios originarios y comunidades indígenas residentes en la Ciudad de México, de 20 de diciembre de 2019, en el apartado 2 del artículo 54. “Sistemas tradicionales de justicia” establece que “Asimismo, para dirimir sus conflictos internos, las personas de pueblos, barrios o comunidades podrán acudir ante las instancias de justicia ordinaria, las cuales deberán aplicar la perspectiva de interculturalidad en los diversos procedimientos. Gaceta Oficial de La Ciudad de México núm. 43.

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia de 18 de diciembre de 2014, epígrafe 4.4.2. Esta Corte se ha ocupado de esta cuestión de los elementos en numerosas sentencias: S. T-496/96, T-344/98, T-667A/98, T-934/99, T-728/02, A.E.V. C-127/03, T-552/03, T-811/04, T-1238/04, T-009/07, T-364/11, T-642/14, T-208/15, T-685/15, T-208/19.

- b) un elemento orgánico, que se concreta en la existencia de autoridades tradicionales llamadas a ejercer y mantener el debido control en la o las comunidades,
- c) un elemento normativo, que se refiere a la existencia de ese fuero, de ese derecho basado en prácticas y costumbres "tanto en materia sustantiva como procedimental",
- d) un ámbito geográfico, ya que el fuero, en principio, opera en el territorio de la comunidad sin perjuicio de extender su campo de acción en determinados supuestos. Las tierras, deben estar tituladas y registradas según las disposiciones legales del Estado y han de delimitarse por el Estado con participación de las comunidades, lo que ha sido objeto de numerosos asuntos en sede judicial nacional y regional (Cortes regionales de protección de Derechos Humanos) y,
- f) un factor de adecuación (congruencia) puesto que el orden jurídico tradicional de las comunidades nunca puede ir en contra de la Constitución, ni de la ley, ni de los derechos humanos.

23. Con las precisiones que seguidamente estableceremos, valga por ahora señalar que, en general, el fuero indígena desplegaría su acción cuando estemos ante una situación en las que 1) se halla presente un sujeto indígena, 2) la acción se produce en las tierras de una comunidad indígena, 3) no se trata de una materia reservada y 4) existen en el grupo autoridades tradicionales y normas a aplicar.

24. Sin embargo, a pesar del establecimiento de estos criterios que, en principio, parecen poco mutables, la práctica pone de manifiesto la dificultad en su aplicación, precisando matización los dos primeros criterios, operando los restantes como límite y como vacío. Nos detenemos pues a valorar el elemento objetivo y territorial para precisar posteriormente el elemento material y el institucional-orgánico, adelantando que, por lo que respecta al elemento subjetivo, la aplicación al indígena ha sido objeto de precisión jurisprudencial y doctrinal, toda vez que la interacción de aquél con el no indígena no es banal y en ella se han de medir factores como la afectación de su cultura. En cuanto al elemento territorial, la casuística muestra que no es elemento determinante en todas las materias y supuestos: *ad ex.*, no es relevante y cede cuando estamos ante una materia reservada por el Estado. Así, los principales problemas de aplicación de las normas comunitarias y de las ordinarias se producen cuando alguno de estos elementos entra en quiebra. Valga, además, apuntar por adelantado que, para que se aplique este derecho especial, se ha de ponderar el bien jurídico afectado, si este lesiona a la comunidad o a la "cultura mayoritaria". Ello, con independencia de que el sujeto sea indígena o no y del lugar en que se produzca la acción. Pasamos, pues, a analizar algo más en profundidad estos elementos.

3. El elemento subjetivo, el estatus de indígena: problemas de aplicación

25. Hablar de "indígena" supone abordar la ya tradicional problemática surgida en torno a su definición, cuestión que excedería el necesario límite de este trabajo. Tomando como referencia aquella que apunta a la autoidentificación propia y del grupo, señalemos los fundamentos que nos proporciona la Organización Internacional del Trabajo en el Convenio 169: la OIT explica que los elementos que definen a un pueblo indígena son tanto objetivos como subjetivos; los primeros incluyen: (i) la continuidad histórica, v.g. se trata de sociedades que descienden de los grupos anteriores a la conquista o colonización; (ii) la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; y (iii) instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte. El elemento subjetivo corresponde a la auto-identificación colectiva en tanto pueblo indígena⁵².

26. El problema que se plantea a la hora de determinar la aplicación del fuero deviene, en la práctica, por la afectación, total o parcial, consciente o inconsciente, voluntaria o involuntariamente, de tal identidad, lo que se produce en el marco de la interacción con el no indígena y especialmente respecto

⁵² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. "Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT". Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO-169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, pp. 9 y 10.

de aquellos que han abandonado sus comunidades con el mero ánimo de encontrar una mejor posición económica. Así, esto será un factor para valorar por las autoridades encargadas de aplicar el derecho, que habrán de ponderar hasta qué punto la desaparición o la contaminación de su cultura, es elemento determinante que conduzca a la aplicación del derecho ordinario.

27. En la sentencia T-496/96⁵³ la Corte Constitucional de Colombia pone de manifiesto que se debe analizar “su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos”⁵⁴ ponderándose “la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta”⁵⁵, lo que conduce a que el sujeto deba ser, en justicia, juzgado por sus propias autoridades. La Corte no desaprovecha, en este asunto, para señalar que el desconocimiento no deriva “de una inferioridad en las capacidades intelecto-volitivas”⁵⁶ sino de una diferencia valorativa. De forma similar se pronuncia la misma Corte en la sentencia T-081/15⁵⁷ en la que manifiesta que el elemento personal puede quedar desvirtuado “cuando las circunstancias del caso concreto permiten determinar que la persona ha sufrido un proceso de pérdida de identidad cultural o “aculturación”, siempre que esa situación tenga incidencia en el hecho punible (o nocivo) investigado”. De “error de comprensión culturalmente condicionado” nos habla la sentencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador recaída en el asunto 0044-2017⁵⁸.

28. Y a efectos de dirigir el asunto al fuero ordinario, en la sentencia T-921/13⁵⁹ sobre el “fuero indígena”, la Corte Constitucional de Colombia afirma: “Además, no debe olvidarse que el demandante se alejó de su comunidad, no accidentalmente, sino por deseo propio, debiendo asumir los “riesgos” que se derivan de su acción”. En igual sentido, en México, la jurisprudencia afirmó que “la comunidad rechazó el conocimiento del asunto ya que el individuo había salido de la misma desde muy joven y dejó de participar activamente como miembro de esa colectividad indígena”⁶⁰

29. STEPHENS, aludiendo a la afectación del indígena que se traslada a la ciudad, señala que la marginación y la discriminación conduce a que rechacen su autoidentificación a conciencia. “Some evidence suggests that this stigma can also mean that indigenous peoples begin to regard themselves and their physical difference as a problem”⁶¹. En estos casos la fuerza del fuero indígena es objeto de valoración, de un “peritaje cultural”. En definitiva, la autoridad deberá hacer un juicio de valor sobre si existe pérdida suficiente de cultura, el grado de esta o el correcto entendimiento lo que va a determinar en tantas ocasiones la aplicabilidad del fuero indígena o del ordinario.

4. El elemento geográfico

30. Refiriéndose a la cuestión del fuero indígena y a su extensión (aplicación), decía también la Corte Constitucional de Colombia, partiendo del elemento antes señalado, que “No es cierto que la actividad de las jurisdicciones indígenas esté condicionada a que hayan ocurrido los hechos dentro de su ámbito territorial”. Junto a esta afirmación la Corte va ponderando el factor geográfico con el personal (culturas involucradas y conciencia del acto), “el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura dominante, la afectación del individuo frente a la sanción, etc.” En este caso, el juez ha de “armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable”.

⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-496/96, cit, epígrafe 2.2 b).

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-496/96 cit., p. 12.

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Sentencia T-496/96 cit., p. 13.

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-496/96 cit., p. 13.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-81/15 de 20 de febrero de 2015.

⁵⁸ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. Sentencia 0044-2017 cit., p. 19.

⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Sentencia T-921/13 de 5 de diciembre de 2013, p. 59.

⁶⁰ PRIMER TRIBUNAL UNITARIO del Décimo Tercer Circuito, Oaxaca, Estado de Juárez. México. Toca Penal 678/2012.

⁶¹ C. STEPHENS, The indigenous experience of urbanization. *State of the World's Minorities and Indigenous People*. Minority Rights Watch International. Editors: Peter Grant, 2015, p. 59.

Con ello, no sólo nos ofrece un juego de combinación de factores, sino que también nos res- puesta a una de las cuestiones que se ponen de manifiesto cuando se señalan los elementos del fuero, la de si son precisos todos los elementos o algunos.⁶², pero, en general, observamos que este elemento no es determinante.

31. No faltan autores que han establecido diferentes supuestos ofreciendo una solución al dere- cho que se aplica según este factor geográfico⁶³, pero hemos advertido diferencias de soluciones entre los ofrecidos y los que la jurisprudencia colombiana ha señalado, lo que no sorprende, puesto que como hemos advertido, los pueblos y comunidades indígenas se rigen por diferentes costumbres y tradiciones. En un escenario en que nos puede parecer, a primera vista, que se ha de aplicar el derecho de la comu- nidad como afirma LLASAG (dos indígenas pertenecientes a la misma comunidad y que han cometido un acto punible en su territorio), la sentencia T-349-96 la Corte Constitucional de Colombia, ya citada, decidió consultar a la comunidad sobre su disponibilidad para juzgar y sancionar conforme a sus cos- tumbres o si consideraban que habían de ser los jueces ordinarios quienes llevaran a término el juzga- miento⁶⁴. En el caso de un indígena que comete un acto fuera de su comunidad y contra un no miembro de su comunidad, puede juzgar la comunidad afectada, aunque la Corte colombiana ya indica que, en este caso, “el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad⁶⁵

32. COLMENARES, refiriéndose a problemas que puedan surgir fuera del ámbito geográfico indí- gena “cuando las mismas se produzcan entre indígenas, no revistan carácter penal y no afecten derechos de terceros no-indígenas y siempre que la jurisdicción indígena decida asumir dichas controversias” resalta la proyección extraterritorial. En este caso las normas, usos y costumbres indígenas son las lla- madas a resolver la controversia⁶⁶. Además, apunta un interesante escenario resuelto en el ordenamiento venezolano de toda persona no indígena incorporada por nexos familiares o por cualquier otro vinculo a la comunidad indígena, siempre que resida en la misma a la que puede aplicarse el derecho de esta.⁶⁷

33. A los anteriores supuestos añadimos, ahora, una resolución diferente aportada por la Co- misión Interamericana de Derechos Humanos como es el de los actos inter-comunidades, pero que se proyectan en un ámbito externo. Al respecto, interesa traer el Informe de la Comisión en el asunto *Gran Cacique Michael Mitchel contra Canadá*⁶⁸ que tiene su origen en la imposición de un gravamen aduane- ro opuesto, según el actor, a los “derechos aborígenes y contractuales consagrados en la Constitución del Canadá.”⁶⁹. Con ello, el demandante argumentó la violación del derecho aborígen al comercio con otros

⁶² Vid. las sentencias T 496-96 o T-617-10 de la Corte Constitucional de Colombia, citadas.

⁶³ Sobre esta suerte de división, ver R. LLASAG FERNÁNDEZ. “Jurisdicción y competencia...”, en pp. 755-757, referido particularmente a Ecuador.

⁶⁴ Caso de la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-349/96, cit. Dice la sentencia en su encabezamiento “En el mes de septiembre de 1994, el actor y otro indígena de la misma comunidad, fueron capturados por los “auxiliares locales” del Cabildo local de Purembará, por su participación en el homicidio de Jesús Edgar Níaza Dobigama, también perteneciente a la comunidad indígena embera-chamí (fl. 116)”. Y más adelante “escaparon del calabozo y se entregaron voluntariamente a la Fiscalía 24 de Belén de Umría, argumentando que habían sido amenazados de muerte por miembros de su comunidad y que habían sido objeto de torturas”. La jurisdicción ordinaria suspendió su actuación ante el fallo condenatorio de la comunidad que los actores consideraban atentaba contra el principio del derecho al juicio justo (entre otros).

⁶⁵ Caso de la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-523/97. LLASAG, apunta varias soluciones: que conozca la autoridad donde los hechos se produce o las autoridades de los dos o, incluso, una de ellas de mutuo acuerdo, “Jurisdicción y competencia...”, cit., p. 756.

⁶⁶ R. COLMENARES OLIVAR, “El derecho consuetudinario en Venezuela: Balance y perspectivas. *Revista IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos* vol. 41, 2005, p. 104.

⁶⁷ Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 2005, artículo 126: “A los efectos de este Capítulo, se entenderá por integrantes toda persona indígena, que forme parte de una comunidad indígena. También se considerará como integrante, toda persona no indígena integrada por vínculos familiares o por cualquier otro vinculo a la comunidad indígena.”

⁶⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe núm. 74/03 de 22 de octubre de 2003. Petición 790/01. Declaración de admisibilidad.

⁶⁹ Sobre Canadá y su relación con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, vid., D. GÓMEZ GAMBOA, “El rol de Canadá frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el contexto de la OEA/The role of Cana before the

pueblos autóctonos (“First Nations”), en definitiva, el “derecho a la cultura” dispuesto en el artículo XIII de la Declaración Americana.

34. En el Informe núm. 61/08, caso 2.435, decisión de 25 de julio de 2008 sobre el Fondo⁷⁰ se pone de manifiesto el problema del derecho indígena y la esfera territorial de aplicación, ya que la frontera posterior señalada divide el territorio Akwesasne e impide el comercio entre las naciones indígenas del Canadá. Se alegó que el comercio es un elemento distintivo de la cultura mohawk, pero el Estado canadiense interpretó al respecto que el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad no incluye el comercio como aspecto cultural y que el artículo XIII sin ninguna duda no protege un comercio libre de impuestos⁷¹. La Comisión reafirma que “todos los derechos humanos deben ser leídos en conjunción con otros derechos y están sujetos a limitaciones razonables que tengan en cuenta los derechos de los demás y los intereses de todos”⁷². En fin, la Comisión sostuvo que “el Estado tiene derecho a ejercer el control de sus fronteras mediante los mecanismos de los gravámenes, aranceles y restricciones, siempre que esos mecanismos no violen los derechos de sus ciudadanos”⁷³ y en base a este argumento hace decaer la pretensión del actor.

V. Límites de la aplicación del derecho indígena

1. La primacía de la Constitución y la observancia de los derechos humanos

35. Un primer límite a la aplicación del fuero indígena vendría dado por la contravención de este con los derechos humanos o con las disposiciones de las cartas magnas de los Estados. Por mencionar algunas, la Constitución boliviana expresa que las costumbres y procedimientos de las autoridades de las comunidades indígenas no deberán ser contrarias a la Constitución y las leyes; la Constitución colombiana precisa que las normas y procedimientos a aplicar por las autoridades de los pueblos indígenas no deberán ser contrarios a la Constitución ni a las leyes de la República.; la Constitución ecuatoriana señala que las normas y procedimientos de las autoridades indígenas no deberán contrariar a la Constitución ni a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales; en la de México se apunta a las constituciones y leyes de las entidades federativas; en el caso del Perú, la Constitución recalca que las comunidades campesinas y nativas podrán ejercer sus funciones jurisdiccionales siempre que éstas no violen los derechos fundamentales de la persona Y, por último, la de Venezuela, apunta a la Constitución, la ley y el orden público.

36. Por lo tanto, aquí, el problema que se plantea aquí es doble: por un lado, la determinación de las concretas normas que se superponen y que jerárquicamente desplazan al fuero especial y, de otra, no menos compleja, la determinación de los actos que podemos decir, en general, son contrarios al orden público y los que constituyen vulneración de los derechos de la persona, ámbito donde hallamos ciertas diferencias no sólo entre los distintos fueros indígenas sino con relación a lo que se considere vulneración a un derecho fundamental, como es el caso de la integridad personal.

37. En este sentido REGALADO, después de afirmar que algunas sanciones en los sistemas jurídicos vulneran derechos fundamentales (y de ahí la referencia constitucional a los derechos humanos) sostiene que deben ser abordadas “desde una mirada intercultural y con clave pluralista, que no se puede juzgar sólo desde el punto de vista de las normas del sistema ordinario sino que también hay que res-

Inter-American Commission on Human Rights in the framework of the OAS”. *Cuestiones Jurídicas. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*. Venezuela. Vol. 6, núm., 1 (2012).

⁷⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe núm. 61/08 de 25 de julio de 2008, caso 2.435.

⁷¹ Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948 Artículo XIII. Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

⁷² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe núm. 61/08 cit., para. 82.

⁷³ Dice la Comisión: “cuando se aplican a todas las personas, independientemente de su origen étnico o cultural”.

petar las formas establecidas en los sistemas indígenas y buscar una solución intermedia”.⁷⁴, afirmación que nos parece peligrosa por cuanto puede dar cabida a la admisión de determinados métodos de castigo corporales como nos hace ver CABEDO MALLOL⁷⁵. Para este autor, el reconocimiento y respeto de la diversidad étnica y cultural nunca puede llevarnos a aceptar violaciones de los derechos humanos insistiendo en la necesidad de una Ley de coordinación, en Colombia, que regule las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la indígena y ayudar a traer más claridad al discurso confrontado entre el entendimiento de los derechos humanos desde la perspectiva indígena y la no indígena; así, el del senador del pueblo Paez, Jesús Enrique Pinacué cuando afirma que “no todos los derechos humanos desarrollados por occidente se encuentran por encima de nuestro derecho a la autonomía”. Pero, efectivamente “principios y derechos como la colectividad, la armonía o la diversidad cultural, no son incompatibles con los derechos individuales tan esenciales como la vida o la prohibición de la tortura, tratos inhumanos o degradantes” afirma acertadamente CABEDO MALLOL. Mencionemos que en el ordenamiento de Bolivia el linchamiento (artículo 5) sí está prohibido⁷⁶.

38. Las Sentencias T- 349 de 1996 y T- 523 de 1997, de la Corte Colombiana, consideran que las sanciones penales indígenas del cepo y del fueite, respectivamente, no constituyen una práctica de tortura ni trato inhumano o degradante...y aquí la crítica, con la que acordamos, del autor mencionado de que el Alto Tribunal se equivoca cuando considera que las sanciones penales indígenas del cepo y del fueite, respectivamente, no constituyen una práctica de tortura ni trato inhumano o degradante. Sin poder entrar ahora en más valoraciones, recordemos que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 fue un texto de consenso entre diferentes sociedades occidentales y no occidentales.

2. Límite material del fuero especial indígena

39. Junto con los límites antes apuntados, habría que señalar, con carácter previo, que no todos los ordenamientos de los Estados cuentan con una norma que clarifique esta cuestión⁷⁷ ante los frecuentes enunciados generales de tan amplio alcance^{78,79}. No sin razón se ha señalado que los tribunales se erigen en una suerte de legisladores ante la ausencia de aquélla. Aun así, tratemos de realizar una suerte de concreción. Junto a ello, hay que tener en cuenta si se trata de una situación puramente interna o externa.

40. En el caso de Bolivia, el artículo 10 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional⁸⁰ señala las materias a las que no alcanza el fuero tanto en el orden penal, como civil, laboral u “otras reservadas” a jurisdicciones distintas. Respecto de la materia penal, exceptúa delitos al modo que efectúan, en general,

⁷⁴ J.A. REGALADO, “De las sanciones y las penas...”, cit., p. 108.

⁷⁵ V.J. CABEDO MALLOL, “Forum II: Propuestas de desarrollo constitucional y jurisprudencia: derecho indígena y derechos humanos/Forum II: Indigenous law and human rights Colombian Indigenous Jurisdiction and Human Rights”.

⁷⁶ Ley núm. 073 de Deslinde Jurisdiccional, de 29 de diciembre de 2010. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia de 29 de diciembre de 2010.

⁷⁷ “la problemática de la coordinación entre el derecho del Estado y el derecho indígena constituye uno de los grandes retos que enfrentan los estados para reconocer la justicia indígena” señala M.T. SIERRA, “Derecho Indígena y acceso a la justicia en México: perspectivas desde la interlegalidad. *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, vol. 41, 2005, p. 295.

⁷⁸ Vid., *ad ex.*, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Auto A206-21 de 5 de mayo de 2021..

⁷⁹ R.LLASAG FERNÁNDEZ. sostiene que la “justicia indígena está facultada para regular y resolver situaciones y conflictos en todo tipo de materias, sin importar (su) gravedad y cuantía”. Sostiene su afirmación en el Convenio OIT 169 y las disposiciones de la Constitución Política de Ecuador. El Código Orgánico de la Función Judicial (de Ecuador) no limita en el artículo 343 las materias dentro del ámbito territorial indígena. “Jurisdicción y competencia...”, cit., p. 755. En el caso de Venezuela, afirman V. AGUILAR CASTRO ET AL., que La jurisdicción especial indígena tiene competencia para conocer todas las materias que juzgue conveniente, dentro del ámbito territorial propio (del pueblo indígena/comunidad) e incluso extraterritorialmente, respecto de sus miembros, bajo ciertas circunstancias. Ni los textos constitucionales de los países andinos, ni el Convenio 169 establecen un límite en cuanto a las materias o la gravedad de hechos que puede conocer el derecho indígena V. AGUILAR CASTRO, G. MARCIALES RODRÍGUEZ, V. MEJÍAS (Waayama), Coordinadores. *La Jurisdicción Especial Indígena en Venezuela como Derecho Propio*, Universidad de los Andes. 2021.

⁸⁰ Ley de Deslinde Jurisdiccional, cit. núm. 73.

otros Estados. Se trata de delitos graves como la “trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio”⁸¹ o de aquellos en que está en juego el interés del Estado o los crímenes internacionales.

41. Por lo que se refiere al orden civil, quedan fuera del alcance material el derecho que denomina “propietario”, al igual que en el Derecho Agrario (rama independiente de la civil), y aquellos en que hay, igualmente, interés del Estado. Tampoco se aplica al Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado.

42. En el caso colombiano, según jurisprudencia, las comunidades indígenas pueden conocer de casi cualquier tipo de controversia (de carácter civil, penal, laboral etc.); se exceptúan en el ámbito penal los casos de delitos que ‘desbordan la órbita cultural indígena’⁸², que por su nocividad social deben ser tratados por la jurisdicción ordinaria, como es el caso del terrorismo, el delito de rebelión, el narcotráfico, el contrabando, el lavado de activos, el porte ilegal de armas, la corrupción al sufragante y los delitos de lesa humanidad⁸³.

43. Por lo que se refiere a Ecuador, LLASAG FERNÁNDEZ, apoyándose en que la Constitución, el Convenio 169 de la OIT limitan las materias del fuero, entiende, apoyándose en Irigoyen Fajardo, que “el derecho y la justicia indígenas están facultados para regular y resolver situaciones y conflictos en todo tipo de materias, sin importar ‘[su] gravedad o cuantía’⁸⁴.”

44. Desde el derecho comparado podemos hacer una distinción entre el derecho público y el derecho privado a efectos de revelar las materias sobre las que existe una aceptación en cuanto a formar parte del fuero indígena y, en consecuencia, de las que puede conocer la jurisdicción especial. Previamente hay que recordar que el desarrollo de este aspecto materia puede variar de escenario, de Estado a Estado según haya un mayor reconocimiento o desarrollo de los derechos de estas comunidades.

45. Así, en cuanto al derecho público, se aplica en el ámbito del derecho penal, campo en el que la jurisprudencia es abundante, pero en el que se deben valorar los elementos geográfico, personal y la inserción o no de la conducta en el fuero indígena de que se trate, exceptuándose, en cualquier caso, materias que han quedado señaladas, a menos que se compruebe un grado de degradación cultural como puso de manifiesto la sentencia T-617-10 en un caso relacionado con abusos sexuales⁸⁵. No sólo la jurisprudencia colombiana sino la de Bolivia nos ponen de manifiesto esta limitación. Otras materias de derecho público y en tanto se desarrollan en interacción con los demás grupos no alcanzan su aplicación (impuestos).

46. En el ámbito del derecho privado, en el campo concreto de las relaciones familiares sí se aplica y cada vez es mayor el reconocimiento de las uniones tradicionales y las relacionadas con la gestión de las tierras. Respecto de estas, es fundamental tener en consideración el principio internacional

⁸¹ Ley de Deslinde Jurisdiccional, cit. artículo 10, II. a).

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia A206-21, cit., párr. 34.

⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia A206-21, cit. párr. 34. Cuenta con el voto contrario de la Magistrada Diana Fajardo Rivera, basado en el desconocimiento de que la rebelión sí es conocida en el derecho indígena: en realidad basa su decisión en la supuesta existencia de limitaciones definitivas a la competencia material de la jurisdicción especial indígena para conocer de ciertos asuntos, posición que, en mi criterio, se aleja de la mejor práctica constitucional, vertida, entre otras, en las sentencias citadas.

⁸⁴ R. LLASAG FERNÁNDEZ, “Jurisdicción y competencia...”, cit., p. 755.

⁸⁵ Podemos leer en esta sentencia “Mario” sufrió un proceso de pérdida de la identidad indígena porque, de acuerdo con declaraciones de la víctima, la invitó a hacer lo que hacen en la televisión, es posible desvirtuar el elemento personal cuando las circunstancias del caso concreto permiten determinar que la persona ha sufrido un proceso de pérdida de identidad cultural o “aculturación”, siempre que esa situación tenga incidencia en el hecho punible (o nocivo) investigado”.

del consentimiento previo, libre e informado⁸⁶ sobre las actividades que se llevan a cabo en sus tierras que son inalienables, principio que hallamos en textos⁸⁷ y jurisprudencia⁸⁸ y sobre cuyos beneficios también se ha proclamado el derecho a la participación en los beneficios⁸⁹. El Estado debe titularizar y llevar un adecuado registro de las tierras⁹⁰.

VI. La Jurisdicción especial indígena

1. Aproximación conceptual

47. Por jurisdicción especial indígena entendemos la facultad, reconocida, generalmente, por la constitución, de “administrar justicia en todas las ramas del derecho, en forma autónoma, integral e independiente de acuerdo con los usos y costumbres ancestrales, las normas y procedimientos propios y la legislación indígena especial vigente dentro de su ámbito territorial”⁹¹, si bien, la jurisprudencia nos ha mostrado que la sombra de esta legislación no desaparece cuando el individuo indígena se halla fuera de sus tierras. Ya dejamos señalado arriba que algunas Constituciones reconocen esta jurisdicción especial.⁹²

48. Según la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-975-14⁹³, es parte de la rama judicial e implica el reconocimiento de un poder legislativo para dichas comunidades, por lo que de acuerdo a sus usos y prácticas tradicionales desplazan a las normas y disposiciones nacionales respecto a aspectos como la definición de la competencia orgánica o los procedimientos de juzgamiento.

49. Más recientemente, el Auto 206/21 dice que es un derecho autonómico de carácter fundamental y que “para su ejercicio deben atenderse los criterios que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, delimitan la competencia de las autoridades tradicionales”. Además, esta decisión señala que, aunque el fuero indígena ocupa un papel central, no es el único factor determinante de esa competencia pues, “se define en función de la existencia de autoridades, sistemas de derecho propio basados en usos y costumbres tradicionales, y procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad. Es decir, en torno a una institucionalidad”⁹⁴.

50. El concepto proporcionado no varía sustancialmente en otros escenarios. COLMENARES⁹⁵ resalta esta facultad consagrada en el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante la cual las autoridades legítimas de dichos pueblos y comunidades tienen (y siempre han tenido) la potestad de resolver los conflictos entre sus integrantes dentro de sus espacios territoriales (hábitat), de acuerdo a sus tradiciones ancestrales. En cuanto a quiénes sean estas autoridades, “Se

⁸⁶ Sobre la cuestión y aunque referido al área Latinoamericana, vid., *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina*, 2015 Fundación para el Debido Proceso.

⁸⁷ El Convenio 169 de la OIT ya proclamó el derecho a la consulta y la Declaración de Naciones Unidas de 2007 suma la obtención de su consentimiento previo, libre e informado.

⁸⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrece amplia jurisprudencia al respecto: *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. párrafo 177. Sentencia de 27 de junio de 2012.

⁸⁹ *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015.

⁹⁰ Este deber fue proclamado por la jurisprudencia del sistema interamericano desde el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

⁹¹ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. COLOMBIA. Proyecto de Ley de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena, art. 2.

⁹² Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia 975-14, de 18 de diciembre de 2014. Cit. epígrafe 4.1.4.

⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto 206-21, cit. párr. 19.

⁹⁵ R. COLMENARES OLIVAR, “El derecho consuetudinario en...”, cit., p. 83.

considera autoridades indígenas legítimas a las personas, instancias colectivas o instituciones que cada pueblo o comunidad indígena establece y designa según sus propias reglas y para las funciones que dichos pueblos definen⁹⁶.

51. Señala RAMÍREZ RESTREPO que “la determinación de la competencia es fundamental en la asistencia judicial de los integrantes de las comunidades indígenas pues de ella dependen los soportes legales y constitucionales”⁹⁷. Claro que estamos ante una realidad en evolución de la que es ejemplo la observada hoy en cuanto a materias que la jurisdicción indígena conoce o puede conocer y al elemento geográfico lo que constituye un verdadero “laberinto” en palabras de BURGOS GUZMÁN⁹⁸. Por su parte, REGALADO⁹⁹ alude a que “no sólo comprende la capacidad de *notio* (conocer), *juditio* (juzgar) sino también de *coertio* (capacidad de ejercicio de la violencia legítima)” y en esta *coertio* advertimos diferencias en cuanto a la ordinaria al buscar aquella la restauración del orden, fundamentalmente, así como en ciertas penas que en algunas comunidades existen, de dudosa compatibilidad con los derechos humanos.

52. Con el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena, se produce una dualidad de sistemas que coexisten y en la que se producen ciertos problemas de competencia conflictos de competencia positivos o negativos. En efecto, estos surtirán cuando “*dos o más autoridades que administran justicia y pertenecen a distintas jurisdicciones se disputan el conocimiento de un proceso, bien sea porque estiman que a ninguna le corresponde (negativo), o porque consideran que es de su exclusiva incumbencia (positivo)*”¹⁰⁰. En general, son las Constituciones, sus órganos de interpretación y aplicación, los llamados a resolver este tipo de conflictos.

53. En el caso colombiano, la Corte Constitucional es la instancia competente para resolver los conflictos de competencia entre jurisdicciones, de conformidad con el numeral 11 del artículo 241 de la Constitución Política. En el caso de Venezuela, el principio de *supremacía constitucional* se encuentra en el artículo 7 del Texto Constitucional y deviene en igual consecuencia: “toda controversia o conflicto generado entre la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria será conocida por el máximo tribunal de la República”.

54. Señala GONZÁLEZ ALCÁNTARA¹⁰¹ que cuando exista duda sobre el tipo de jurisdicción -ordinaria o indígena- que debe conocer de un asunto en donde una o ambas partes pertenezcan a una comunidad o pueblo indígena y la resolución adoptada fue tomada por las autoridades de una comunidad, los juzgadores deben verificar los siguientes factores: personal, territorial, objetivo e institucional”, siguiendo la sentencia de amparo directo 6/2018 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 21 de noviembre de 2019 en la que se reconoce el derecho de las comunidades y pueblos indígenas a ejercer su jurisdicción y resolver conforme a sus sistemas normativos¹⁰². Esto en el mismo sentido que la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (por ejemplo, la sentencia T-921/13)¹⁰³.

55. Con la dificultad que entraña establecer un (verdadero) primer precedente en el que se considere que las autoridades indígenas debían resolver un determinado asunto y no la ordinaria, señala San Miguel Mora que fue, en México, el Toca Penal 99/2013 de 23 de septiembre de 2013 en el que el magistrado Rubén Paulo Ruiz Pérez consideró que el asunto debía declinar competencia en favor de

⁹⁶ R. COLMENARES, “El derecho consuetudinario en...”, cit. p. 97.

⁹⁷ R.A. RAMÍREZ RESTREPO, “El fuero indígena en Colombia”, cit. p. 193.

⁹⁸ F.E. BURGOS GUZMÁN, “Entre la justicia indígena y la ordinaria” *Revista Derecho del Estado*, p. 101.

⁹⁹ J. A. REGALADO, “De las sanciones y las penas...”, cit., p. 99.

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Auto 206-21, cit. párr. 15.

¹⁰¹ J.L. GONZÁLEZ ALCÁNTARA, “La Jurisdicción indígena como una manifestación del diálogo jurisprudencial”. Universidad Autónoma de México. *Instituto de Investigaciones Jurídicas. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro*. p. 69.

¹⁰² J.L. GONZÁLEZ ALCÁNTARA, “La Jurisdicción indígena...”, cit., pág. 72.

¹⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-921/13 de fecha 5 de diciembre de 2013.

las indígenas pese a que dicha conducta aconteció fuera del territorio indígena. Valga traer aquí la idea criticada por BURGOS GUZMÁN, y sostenida en la práctica por alguna comunidad, de que, en virtud de su facultad, la jurisdicción especial indígena puede declinar en favor de la ordinaria sin que ello suponga “denegación de justicia”. En efecto, parece que el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, sí considera que no se puede rechazar, máxime cuando concurren los demás elementos que señalaremos para la aplicación del fuero indígena¹⁰⁴.

2. Sistema organizativo

56. En cuanto a las persona o personas llamadas a materializar esta facultad, las autoridades, el sistema varía no sólo de un Estado a otro, sino de una comunidad a otra, pudiendo haber, claro está, similitudes, pero en aplicación de esa capacidad de autogobierno que poseen, libres son de establecer un sistema determinado que siempre se reconocerá como válido por las de las demás comunidades. En algunos Estados existen hay creados “Tribunales de Derecho Consuetudinario”, por citar el creado en Costa Rica con carácter comunitariamente limitado¹⁰⁵. La Ley Indígena (Nº 6172 de 1977) en su artículo 4, determina el derecho de los indígenas a organizarse en “sus estructuras comunitarias tradicionales. Lo fundamental es que exista una institución habilitada para impartir justicia.

3. El reconocimiento de decisiones y sus límites

57. Por lo que se refiere al reconocimiento de sus decisiones, la jurisdicción indígena no requiere el de los órganos del Estado para su existencia, señala JOSUÉ SAN MIGUEL MORA. El pleno respeto al derecho al autogobierno derivado del principio de libre determinación lleva implícito que las decisiones tomadas por la jurisdicción especial sean reconocidas por la ordinaria¹⁰⁶. El artículo 171 de la Constitución Política del Ecuador proclama que “El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La Ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria” y, antes, el artículo 75 i) señala que “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto¹⁰⁷ .

¹⁰⁴ F.E. BURGOS GUZMÁN, “Entre la Justicia indígena...”, cit., pp. 105-106.

¹⁰⁵ Sobre la cuestión y el grado de reconocimiento ver R. CHACÓN CASTRO, El sistema jurídico indígena en Costa Rica: Una aproximación inicial, *Revista IIDH*, Vo. 41, pp. 119-149. El autor recuerda que “El derecho de los pueblos indígenas a darse su propia justicia, desde el punto de vista del reconocimiento del sistema dominante, encuentra su fundamento más remoto –como también sucede en el caso de los fundamentos del derecho territorial indígena– en la propia legislación colonial. Un Decreto Real de 1815 refiere el mandato de reestablecer los cacicazgos “... y justicias de indios que se extinguieron de echo (sic)...” (Archivo Nacional).”, p. 137. Vid., también, sobre este Tribunal, el estudio realizado por Y. NUKADA ¿El Tribunal de Derecho Consuetudinario de Cabagra como reactivación de la tradición?: un análisis etnográfico de “justicia indígena” en Costa Rica. *Cuadernos de Antropología*. Julio-Diciembre 2020, 30(2). DOI: 10.15517/cat.v30i2.42867.

¹⁰⁶ J. SAN MIGUEL MORA, “La consolidación de la jurisdicción indígena en México, en el siglo XXI. Interpretación y experiencia judicial, desde la perspectiva de los derechos humanos. Realidad social y política con un enfoque diferenciado”. *Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Biblioteca Jurídica Virtual*, p. 326. En este sentido, vid., Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-188/15, recaída en el expediente T-4.615.074, de 17 de abril de 2015.

¹⁰⁷ Capítulo cuarto “Función Judicial y justicia indígena” art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria

58. Con un añadido respecto a la fuerza de cosa juzgada en el ámbito del Estado, la Constitución de Venezuela proclama la obligación de respetar y acatar estas decisiones por parte del Estados y de terceros (las partes, obviamente). Eso sí, con el límite de que “no sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República y de conformidad con la presente Ley”¹⁰⁸.

59. En Bolivia, la Ley N° 073 de Deslinde Jurisdiccional (C.S. – P.L. N° 102/2010-2011) coloca a la jurisdicción indígena (ordinaria campesina) en igualdad jerárquica con la ordinaria, teniendo como límites el respeto a los derechos humanos y garantías constitucionales. Son de obligado reconocimiento a tenor del artículo 12¹⁰⁹. En igual sentido, el artículo 15 del Anteproyecto de Ley de Justicia de los Pueblos Indígenas de Bolivia establece: “El Tribunal Constitucional, a través de la autoridad Judicial más cercana a la comunidad realizará el control de las violaciones a los derechos fundamentales y las garantías individuales en la aplicación del derecho consuetudinario”. De similar redacción es el artículo 5 del Proyecto de la Ley sobre Administración de Justicia para Pueblos Indígenas del Perú.

60. En el artículo 3 del Proyecto de Ley Indígena de Ecuador se establece que las decisiones tomadas por las autoridades indígenas tienen carácter obligatorio para las partes que intervengan en los procesos (indígenas y no indígenas, personas naturales o colectivas), es decir, tienen la misma fuerza obligatoria que las adoptadas por los demás órganos judiciales, causando incluso *cosa juzgada*, sin poder ser revisadas por otro órgano público, salvo los casos de violación de derechos humanos que serán conocidos por el Tribunal Constitucional.

61. En algunos estados mexicanos, como Oaxaca, existe una Sala de Justicia Indígena que puede convalidar la determinación emitida por la autoridad indígena u ordenar se emita una nueva resolución. Ahora bien, tal y como señaló la Corte Suprema, en el recurso de amparo en revisión 202/2021”, la protección y validación de la jurisdicción indígena no implica necesariamente que se suspendan por completo los procedimientos jurisdiccionales de la justicia ordinaria en los que se vean involucrados indígenas”¹¹⁰.

62. Entendemos, que no basta con la proclamación con que los textos proclamen el reconocimiento de la justicia indígena, sino que la práctica demuestra que existen problemas relacionados con la coordinación entre justicias, incluso en aquellos sistemas en que tanto la Carta Magna como normas de desarrollo¹¹¹ atienden a esta necesaria relación en la letra. Y, así, no faltan autores que señalen que “A pesar de que la LOPCI establece la solución al problema que se pueda presentar ante un conflicto entre jurisdicciones, la real solución estaría enmarcada en la creación e implementación de un reglamento que regule la forma de coordinación”¹¹².

63. No es en el reconocimiento -general- de este derecho derivado de la libre determinación, del derecho a la auto organización que podemos encontrar en los textos internacionales o regionales, sino que es en la concreción de una norma de desarrollo donde, efectivamente, hallamos los problemas de

¹⁰⁸ Cfr. art. 132 de la Constitución de Venezuela.

¹⁰⁹ Artículo 12. (Obligatoriedad). I. Las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina son de cumplimiento obligatorio y serán acatadas por todas las personas y autoridades. II. Las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina son irrevisables por la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las otras legalmente reconocidas”

¹¹⁰ Cfr. paras. 51 y 52, p. 36 y 37 de la Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, de fecha 29 de septiembre de 2021.

¹¹¹ Por ejemplo, en Venezuela, el artículo 260 Constitucional habla de la coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria; coordinación que está regulada en el artículo 134 de la Ley Orgánica de los Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI), que establece que las decisiones emanadas de dicha jurisdicción, que atenten contra los derechos fundamentales establecidos en nuestra Carta Magna, serán incompatibles y, en consecuencia, de imposible cumplimiento y deberán ser remitidas a la jurisdicción ordinaria. Esta letra se nos muestra de todo punto incompleta.

¹¹² V. AGUILAR CASTRO ET AL., “La Jurisdicción especial...”, cit. p. 44.

aplicación relacionados con el ejercicio de este poder, primero, al definirlo, y después al determinar si se dan los elementos necesarios para materializar su potestad y establecer claramente el modo en que la comunicación tendrá lugar, máxime cuando se está estableciendo como límite el respeto a los derechos humanos (y a la Constitución). La Relatora de Naciones Unidas, Tauli-Corpuz puso de manifiesto esta necesidad en más de una ocasión.¹¹³

64. Adelantamos, igualmente, que una de las cuestiones que observamos es que cuanto más se concreta este poder menos alcance tiene al estar limitado por la norma suprema, los derechos humanos o, incluso por normas infra constitucionales que, al limitar el alcance material, alcanzan el del poder jurisdiccional.

VII. Ideas finales

65. El pluralismo legislativo no es un fenómeno infrecuente en los Estados. En aquéllos de base personal, en los que habitan pueblos y comunidades indígenas se ha reconocido el derecho a gozar de un derecho particular, propio, el fuero indígena. El fuero indígena y con su reconocimiento, el de la jurisdicción especial indígena, es un derecho internacionalmente reconocido desde que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo reconociera los derechos de estos pueblos sin el carácter integrador o asimilacionista de su precedente, el Convenio 107. Textos posteriores de carácter de *soft law* como la Declaración de 2007, han ido reforzando aquél, también a nivel regional, pero sin duda la labor de los tribunales, en especial en sede nacional, se muestra fundamental en su desarrollo.

66. Es, además, y así ha sido reconocido, un derecho humano, toda vez que el derecho a una cultura propia y a la libre determinación de las minorías y de los pueblos indígenas se halla proclamado internacionalmente, a nivel regional y en sede doméstica. Su aplicación se proyecta tanto en la vertiente individual (el derecho que como individuo ha de ser respetado) como colectiva (el derecho a decidir los asuntos propios conforme a sus tradiciones y costumbres). Así, la base es la identidad cultural y la libre determinación que el derecho les reconoce con el límite del respeto a la integridad del Estado.

67. Tan importante es que existan textos internacionales ratificados por los Estados como que estos, finalmente, incorporen las consecuencias de sus disposiciones, lo que parece más complejo. El área latinoamericana se muestra como la más avanzada en este sentido. No podemos obviar, tampoco, que existen diferencias notables entre los desarrollos internos estatales del fuero indígena, en especial por lo que se refiere a la delimitación jurisdiccional y material.

68. Al existir más de un ordenamiento jurídico se producen problemas de aplicación que nos muestra una evolución que no está definida por el momento. Por más que se reconozca y se predique la no jerarquía, creemos que esta es debatible, pues la Constitución de los Estados se erige como norma que debe ser aplicada y reconocida por todos independientemente de su pertenencia a un grupo o no. Está por encima porque el respeto a la integridad territorial del Estado un puede verse, nunca, afectado.

69. Siendo el fuero indígena el conjunto de normas por las que estos pueblos y comunidades rigen su convivencia según sus tradiciones, usos y costumbres, su aplicación requiere de la concurrencia de un factor personal o subjetivo que presenta importantes problemas de aplicación en la práctica por cuanto los pueblos y comunidades indígenas viven en su mayoría interactuando con el resto de la sociedad a que pertenecen lo que puede influir, de un lado, en su cultura, en su pérdida total o parcial, involuntaria o voluntaria, por lo que se hace necesario un ejercicio de ponderación por parte de la autoridad judicial que conoce del caso en orden a establecer si se aplica el fuero ordinario o el especial,

¹¹³ Véase el documento de NACIONES UNIDAS, A/HRC/39/17/Add.2. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a México, de fecha 28 junio 2018.

valiéndose de esa “pericia cultural” y del conocimiento del acto realizado. Junto a ese factor, el geográfico, al desplegar su fuerza, el fuero, en el ámbito territorial de la comunidad, sin perjuicio de las excepciones que hemos señalado y, además, requiere la existencia de unas normas y procedimientos y de unas instituciones llamadas a aplicar ese derecho e impartir justicia. Al respecto, no cabe duda del reconocimiento y aceptación de que cada comunidad elija, según su entender, a las autoridades llamadas a impartir justicia en un caso determinado, cuestión que debe ser aceptada, igualmente, por el Estado y resto de comunidades.

70. El fuero indígena encuentra límites de aplicación en el respeto a la Constitución o el de los derechos humanos, lo que hemos comprobado, es objeto de debate y es que no faltan quienes entiendan que la interpretación de lo que supone una violación a aquellos, debe hacerse desde una perspectiva multicultural y, por ello, especialmente en el orden penal, se ponen de manifiesto diferencias de calado respecto a ciertas penas que, a nuestro entender, pueden constituir vulneraciones a la integridad de la persona: castigos corporales como los mencionados arriba, constituirían una vulneración a aquélla y, más allá de nuestra consideración, comprobamos cómo alguna Constitución, como la de Bolivia, prohíbe expresamente alguno de estos castigos.

71. Respecto a las materias que abarca, y, por lo que al derecho privado se refiere, tiene extraordinaria importancia el derecho reconocido a gestionar las tierras conforme a sus tradiciones y usos. El principio del consentimiento previo libre e informado de las actividades a desarrollar en sus tierras es un buen exponente de la extensión que el derecho a la propiedad tiene, cuando no del derecho a la participación en los beneficios. También en este ámbito de lo privado, el derecho a reconocer determinadas formas de unión comparables las matrimoniales. Sin embargo, esto es fuente de controversia y disparidades entre ordenamientos jurídicos, en el ámbito del derecho ordinario. En el ámbito del derecho público y en el concreto de lo penal parece tener un alcance más amplio.

72. No puede desconocerse el avance en favor del reconocimiento de estos pueblos que el derecho internacional ha efectuado, ni tampoco el esfuerzo en su integración en las cartas magnas de los Estados. Pero el desarrollo de las normas constitucionales nos muestra vacíos o inconcreciones que dificultan enormemente conocer el verdadero alcance que se reconoce a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Son precisas normas de coordinación entre fueros. Entre tanto, serán los tribunales los llamados a efectuar estos ejercicios de ponderación de las circunstancias y elementos concurrentes en una situación determinada a efectos de establecer la aplicación del fuero indígena o del especial.

A la vuelta de treinta años. La implementación de la directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, tarea conjunta y progresiva del legislador y los jueces*

Thirty years on. the implementation of directive 93/13 on unfair terms, a joint and progressive task of legislators and judges

CARMEN JEREZ DELGADO*
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

FRANCISCO VERDÚN PÉREZ**
Abogado

Recibido:14.12.2022/Aceptado:17.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7548

Resumen: Transcurridos treinta años desde que se publicó la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, en España continúa el proceso de progresiva implementación, legal y jurisprudencial, en el que los jueces juegan un importante rol a través de la cuestión prejudicial. Esta Directiva es -como ninguna otra- un paradigma del juego institucional entre los Estados miembros y la Unión Europea. Y muy concretamente lo es el caso español. Una Directiva que en principio tiene contenido material o sustantivo, ha resultado ser un auténtico caballo de Troya en el Derecho formal (procesal) español, viniendo a alterar sus principios clásicos, ante el estupor de la doctrina procesalista.

Palabras clave: Cláusulas abusivas, Derecho procesal europeo de consumo, Directiva 93/13.

Abstract: Thirty years after the publication of Directive 93/13 on unfair terms, the process of progressive implementation continues in Spain, both legally and jurisprudentially, in which the judges play an important role through the preliminary ruling question. This Directive is - like no other - a paradigm of the institutional game between the Member States and the European Union. The Spanish case is a case in point. A Directive that in principle has a material or substantive content has turned out to be a real Trojan horse in Spanish formal (procedural) law, altering its classic principles, to the astonishment of procedural doctrine.

Keywords: Unfair terms, European consumer procedural law, Directive 93/13.

*Este trabajo se realiza al amparo del proyecto “Hacia un Derecho Procesal de Consumo: un paso en la modernización de la jurisdicción civil en el contexto europeo” (PID2020-117624GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. El texto se presenta en coautoría, correspondiendo a Carmen Jerez el escrito (sistematización, planteamiento, desarrollo y conclusiones) y a Francisco Verdún la contribución al denso apartado VI (la información jurisprudencial de este apartado se debe al autor, y la autora la ha empleado, sistematizándola), la localización de algunas fuentes bibliográficas y la revisión general del artículo.

*carmen.jerez@uam.es

**info@verdunabogados.com

Sumario: I. Planteamiento. II. La transposición de la Directiva 93/13 en el ámbito sustantivo. III. El fuerte impacto de la Directiva 93/13 en el ámbito procesal. IV. Paradigma: El caso *Aziz* y la modificación del procedimiento de ejecución hipotecaria. 1. La cuestión prejudicial. 2. La reacción del legislador. V. La Directiva 93/13 y la revisión del principio de autonomía procesal de los Estados miembros. VI. Avances en la implementación de la Directiva a impulsos de la cuestión prejudicial planteada por los jueces españoles. 1. Desde la perspectiva sustantiva. 2. Desde la perspectiva procesal. VII. La implicación de los Tribunales Supremo y Constitucional en la implementación de la Directiva. Particular atención a los principios de cosa juzgada y *reformatio in peius*. La acumulación de litigios en materia de consumo. VIII. La necesidad de sistematizar el Derecho procesal europeo de consumo. IX. Conclusiones y reflexiones finales.

I. Planteamiento

1. En relación con la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas, se ha producido en España un fenómeno curioso y digno de observación: La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha traspasado los límites del Derecho material -propio de la Directiva- y ha entrado de lleno en el ámbito procesal de nuestro país. Y si bien el legislador hizo inicialmente la transposición de la Directiva como corresponde, en normas civiles relativas al Derecho de consumo (en sentido material), a la vuelta de los años se ha visto compelido por el TJUE para modificar varias normas procesales. Esta jurisprudencia europea ha sido secundada tanto por el legislador como por la cúpide judicial representada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

2. Lo interesante es, quizás, que este fenómeno se origina por la actuación de los jueces nacionales. El itinerario ha sido el siguiente: El TJUE ha dictado auténticas normas al responder a la cuestión prejudicial planteada por los jueces nacionales, relativa a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Muchos jueces españoles –y destacadamente el juez de lo mercantil de Barcelona, José M^a Fernández Seijo-, han sido protagonistas en este ámbito. Y, aunque el contenido de la Directiva consultada fuera básicamente Derecho sustantivo, las respuestas del TJUE han tenido un impacto más allá de este ámbito material, alcanzando al Derecho procesal¹.

3. Este estudio tiene por objeto ofrecer una síntesis panorámica del proceso de implementación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, que nos permite presentar -como ninguna otra- el juego de los poderes nacionales españoles -legislativo y judicial- en el esfuerzo de adaptación del sistema interno a los dictados europeos: A la vuelta de los años, se comprueba que la incorporación de la Directiva 93/13 en España se ha realizado de modo progresivo, y es resultado tanto de la tarea del legislador como del diálogo de nuestros jueces con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A la vez, se llega a la conclusión de que siendo una Directiva de contenido material o sustantivo (civil), sólo queda plenamente implementada cuando se ve afectado el Derecho formal (procesal), ante el consiguiente estupor de la doctrina procesalista.

¹ Como ha explicado M. JIMENO BULNES, en “El diálogo entre tribunales europeo y nacional: su incidencia en derecho procesal español”, *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los Tribunales*, JIMÉNEZ CONDE (Dir.), Tirant lo Blanch, 2018 (pp. 101-135), los mejores ejemplos del diálogo entre tribunales europeos y nacionales son el de las cláusulas abusivas en materia civil y el de órdenes de detención europea en sede penal, y –entre ambos- el que muestra en mejor medida su incidencia en el Derecho procesal español es el primero (p. 104).

II. La transposición de la Directiva 93/13 en el ámbito sustantivo

4. En España se pensó que el lugar idóneo para realizar la transposición de la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, era la normativa civil especial de protección de los consumidores:

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (CGC), modificó la entonces vigente Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), a fin de realizar la transposición de la Directiva: La Ley de CGC añadía un artículo 10.bis a la mencionada LGDCU, con la definición de “cláusula abusiva” y una Disposición adicional primera que recogía un listado de cláusulas abusivas conforme al listado de la Directiva y añadiendo otras que se consideraban como tales conforme al Derecho español. En su artículo 8.2, la Ley de CGC (1998) remitía el régimen jurídico de las condiciones generales abusivas a esos dos nuevos textos que incorporaba a la entonces vigente LGDCU de 1984.

Cuando el 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 (TRLGDCU), derogó la anterior LGDCU de 1984 (para fusionar su contenido con otras normas de protección de consumidores en un único texto), incorporó el contenido de la Directiva en los artículos 80 y siguientes².

5. El legislador español, al hacer en 1998 la trasposición de la Directiva 93/13, expresó su voluntad como un deseo magnánimo en los siguientes términos: “Se ejercita la facultad del Estado obligado a trasponer la Directiva comunitaria de poder incrementar el nivel de protección más allá de las obligaciones mínimas que aquella impone” (Exposición de Motivos de la citada Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, CGC). Sin embargo, a la vuelta de los años se puso de manifiesto la necesidad de reformas más profundas o más amplias, no sólo en el Derecho sustantivo sino que alcanzasen también al ámbito procesal, a fin de hacer efectiva la defensa de los consumidores.

6. El motor de una y otra ampliación de los campos en que la Directiva debía incidir en el Derecho interno lo ha constituido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a raíz de las cuestiones prejudiciales formuladas sobre la interpretación de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas, y su compatibilidad con la legislación y jurisprudencia nacionales.

Desde el punto de vista del Derecho material, esta jurisprudencia ha querido recogerse en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de crédito inmobiliario. De este modo, se pretende consolidar soluciones a los grandes frentes que fueron abriéndose por los jueces ante el TJUE y dando lugar a nueva jurisprudencia en materia de cláusulas abusivas (cláusulas suelo, vencimiento anticipado, hipotecas multidivisa, etc.)³.

III. El fuerte impacto de la Directiva 93/13 en el ámbito procesal

7. Como hemos anunciado, la implementación de la Directiva 93/13 en el ámbito civil material o sustantivo, no cierra el panorama de las dimensiones del Derecho interno que se han visto afectadas. En concreto, la doctrina procesalista percibe la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, como un *caballo de Troya* en lo que al ámbito de su disciplina se refiere. Y es que, cuando se trata de cláusulas abusivas, los principios procesales clásicos parecen saltar por los aires como efecto de la jurisprudencia del TJUE en la materia.

Así lo ponen de manifiesto —entre otras— expresiones tales como que la jurisprudencia del TJUE parece provocar la “deconstrucción” de los principios procedimentales básicos sobre los que se asienta

² Actualmente, artículos 80 a 91 TRLGDCU.

³ En este sentido, C.C. CASTILLO MARTÍNEZ (“Derechos reales e hipotecario: en el umbral de un nuevo horizonte”, *Diario La Ley*, 27 mayo 2022), considera “prácticamente superados” los interrogantes relativos a las “cláusulas suelo, vencimiento anticipado, hipoteca multidivisa, interés de demora”, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial.

la seguridad jurídica (F. Adán Domenech⁴, M. López Gil⁵); que “la cosa juzgada ha muerto” (A.J. Pérez-Cruz Martín)⁶; o que el control de oficio de la abusividad de las cláusulas por el juez puede suponer “un ataque frontal al principio dispositivo” (S. González García)⁷; que el “tribunal dejará de ser imparcial y tomará partido por uno de los litigantes” (M. Serrano Masip)⁸; o bien, en términos más castizos, se pregunta: “Ante la jurisprudencia del TJUE, ¿por qué el Derecho procesal tiene que pagar los platos rotos?” (J. Damián Moreno⁹).

8. Una posible respuesta, aportada por alguno de estos autores, es la siguiente: Así como la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y los principios procesales se elaboraron en el siglo XIX sobre la base del principio de igualdad de partes, y así como el Código civil en materia de contratos descansa sobre ese mismo principio de igualdad de los contratantes, así también sucede que, al desarrollarse el Derecho de consumo en el siglo XX sobre una base distinta (la desigualdad entre el consumidor y el profesional), el principio de protección del consumidor por el que se decanta el legislador en el ámbito de los contratos de consumo, acaba afectando a los principios procesales clásicos para hacerse efectivo. Da lugar así, en el siglo XXI a un Derecho procesal específico (como sucede en el ámbito de las obligaciones y contratos): El Derecho procesal de consumo¹⁰.

9. Desde la perspectiva civil, se ha intentado explicar que -como sucede con toda nulidad absoluta- la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas que hace la Directiva 93/13/CEE es cuestión de orden público y que -por consiguiente- el efecto que debía haber producido en el ámbito procesal era sencillamente una multiplicación de los casos en que el juez debía apreciar de oficio la nulidad¹¹. Pero

⁴ F. ADAN SOMÉNECH, “Deconstrucción del ordenamiento procesal español (Deconstructing the Spanish procedural code)”, *Justicia*, 2018, núm. 2, pp. 223-268. El autor califica de “tsunami jurídico” el efecto de la jurisprudencia del TJUE en el ordenamiento procesal español. A su juicio, aplicar dicha jurisprudencia y las Directivas europeas supone un quebranto de “los principios básicos y dogmas procesales españoles”, por lo que considera que “el principal desafío” del legislador español consiste en “dar solución a estas incoherencias e incompatibilidades” a fin de permitir la “convivencia armónica con el ordenamiento comunitario” (p. 223).

⁵ M. LÓPEZ GIL, en “El principio *tantum appellatum quantum devolutum* en la justicia de consumo: una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE”, *Actualidad Civil*, La Ley-Wolters Kluwer, online, nº 5, 2022.

⁶ A.-J. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, “La cosa juzgada ha muerto (y los principios procesales vilipendiados)”, en *Actualidad civil*, La Ley-Wolters Kluwer, online, nº 7, 2022.

⁷ S. GONZÁLEZ GARCÍA, “El control de oficio, un ataque frontal al principio dispositivo del proceso civil: ¿Hacia un proceso especial de consumidores?”, *Diario La Ley*, 15 diciembre 2017.

⁸ M. SERRANO MASIP, “Efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el Derecho interno”, *Revista de Estudios Europeos*, n. 68, julio-diciembre 2016, pp. 5-32, p. 31.

⁹ J. DAMIÁN MORENO, “Ante la jurisprudencia del TJUE, ¿por qué el Derecho procesal tiene que pagar los platos rotos?”, *V Encuentro sobre Jurisprudencia Europea*, Centro Español del *European Law Institute* (Spanish Hub), online, 15 mayo 2020. En sentido semejante, M. LÓPEZ GIL (“El principio *tantum appellatum quantum devolutum* en la justicia de consumo: una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE”, *Actualidad Civil*, mayo 2022) busca una interpretación conciliadora de la jurisprudencia del TJUE con el Derecho procesal nacional, cuya inadmisión haría necesario, a su juicio, abordar “la creación de un proceso especial en materia de consumo regido por otros principios” (*Resumen*).

¹⁰ Conversaciones con el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, profesor Juan Damián Moreno, Catedrático de Derecho procesal, en diciembre de 2020. Actualmente, el autor da una explicación muy valiosa de cómo está funcionando el sistema: J. DAMIÁN MORENO, “El valor de las ficciones como garantía del principio de efectividad: consideraciones en torno a la situación creada por la sentencia del TJUE de 17 de mayo de 2022”, *Diario La Ley*, 21 noviembre 2022.

¹¹ En este sentido se han pronunciado algunos civilistas en sus tesis doctorales: Destacadamente, J.M. MARTÍN FUSTER, *La apreciación de oficio de la nulidad. La protección de los consumidores y otros supuestos prácticos*, Atelier, 2021, pp. 49-74 (el autor trae a colación un interesante informe del *Max Planck Institute* de Luxemburgo, dedicado al Derecho procesal, que permite constatar que en otros países de la Unión no se ha producido el fenómeno español de reformas procesales porque se ha tratado el asunto conforme a los principios *iura novit curia* y de nulidad de los actos contrarios al orden público, pp. 101-109, p. 107); Indirectamente, B. DEL CAMPO ÁLVAREZ, *Nulidad parcial en los contratos*, Aranzadi, 2021. Ambos autores hacen elenco de supuestos de nulidad absoluta por incompatibilidad con el orden público y señalan el deber del juez de apreciación de oficio: No sólo en materia de cláusulas abusivas, sino, por ejemplo, cuando advierte sobreprecio en la venta de viviendas de protección oficial, cuando se introducen en el contrato de arrendamiento cláusulas contrarias a las normas imperativas (ambos autores), cuando se aprecia usura, o se renuncia a derechos indisponibles, se vulnera la normativa de aprovechamiento por turnos, se declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución, se declara la nulidad de un testamento, la nulidad de un contrato por falta de forma, o pactos prematrimoniales contrarios al orden público, entre otros ejemplos (Martín Fuster).

quizás no fuera tan sencillo, habida cuenta de las características de los procedimientos civiles que se verían afectados.

10. Piénsese que algunos procedimientos especiales, en que el juez (o el notario) debían lidiar con las citadas cláusulas abusivas, no les permitían declarar la nulidad (asunto que se relegaba a los procedimientos declarativos ordinarios): Este era el caso, por ejemplo, del procedimiento de ejecución hipotecaria¹². Por esta razón, los jueces españoles formularon cuestiones prejudiciales ante el TJUE, a fin de contrastar la compatibilidad de nuestras normas procesales con lo dispuesto en la Directiva. La respuesta del TJUE a estas cuestiones -declarando la incompatibilidad- dio lugar a un conocido efecto *dominó* de reformas procedimentales (procedimiento de ejecución hipotecaria, judicial y notarial¹³; fase ejecutiva del procedimiento ordinario¹⁴; procedimiento monitorio¹⁵; procedimiento de jura de cuentas¹⁶). Por consiguiente, la labor del legislador en el ámbito procesal obedece a las indicaciones del TJUE: En concreto, son normas dirigidas a la correcta implementación del principio de apreciación de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas, conforme al cual el juez debe declarar de oficio la nulidad de la cláusula abusiva, sea cual sea el tipo de procedimiento¹⁷ (lo que en ocasiones ha llevado a soluciones insólitas desde el punto de vista procesal, como veremos más adelante).

11. Probablemente, el ejemplo más ilustrativo y conocido de la adaptación de la ley procesal a la Directiva 93/13 es el originado por el caso *Aziz*: Veámoslo.

IV. Paradigma: El caso *Aziz* y la modificación del procedimiento de ejecución hipotecaria

12. Desde una perspectiva de Derecho procesal europeo de consumo, el Caso *Aziz*¹⁸ es sin duda

¹² A partir del año 2000, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, pasó a regular en España el procedimiento de ejecución hipotecaria, antes contenido en la Ley hipotecaria, y modificó los artículos de esta última. Desde entonces, el artículo 129 de la Ley hipotecaria remite el régimen jurídico de la acción hipotecaria a la propia LEC, cuando se trate de un procedimiento judicial, o bien –como hacía antes- sigue remitiéndose al Código civil y al régimen previsto en el Reglamento hipotecario cuando exista pacto entre las partes para la ejecución extrajudicial (artículo 1858 CC; véase también el artículo 1872 CC). Los artículos 222 y siguientes del Reglamento hipotecario se refieren al ejercicio de la acción hipotecaria, distinguiendo según ésta se resolviera en un procedimiento ejecutivo ordinario, un procedimiento judicial sumario (derogado por la LEC), o un procedimiento ejecutivo extrajudicial.

Por ser el procedimiento de ejecución hipotecaria un procedimiento ágil, sumario, el artículo 698.1 LEC establece que cualquier pretensión contraria se ventilará en el juicio correspondiente “sin producir nunca el efecto de entorpecer el procedimiento que se entabla en el presente capítulo”, incluso aunque “versen sobre la nulidad del título, o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda”. Además, ni el juez de un procedimiento declarativo ordinario puede adoptar medidas cautelares de oficio que paralicen la ejecución hipotecaria conforme a lo dispuesto en el artículo 721 LEC, ni el juez de un procedimiento declarativo ordinario puede adoptar medidas cautelares que paralicen la ejecución hipotecaria.

¹³ Ambos, a impulsos del caso *Aziz*, por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que modificó los artículos 695.1 y 4 LEC y 129 LH, respectivamente.

¹⁴ Por la misma Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que modificó los artículos 552.1 y 561.1 LEC.

¹⁵ Reforma también impulsada por el TJUE, al resolver el caso *Banco Español de Crédito* (sentencia TJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10). Por otra parte, en el contexto del procedimiento monitorio europeo (Reglamento CE nº 1896/2002), con ocasión de la sentencia TJUE de 19 de diciembre de 2019 (caso *Bondora*, asuntos C-453/18 y C-494/18) y la aplicación al mismo de la doctrina conforme a la cual no se expedirá procedimiento de apremio para el pago contra un consumidor cuando no se haya hecho previo control de las cláusulas del contrato (lo que en principio, requerirá fase de contradicción), se ha planteado su ampliación al proceso europeo de escasa cuantía (X. FERREIRO BAAMONDE, “La protección procesal a los consumidores: proceso monitorio europeo y proceso europeo de escasa cuantía. ¿Hacia un nuevo Derecho procesal en las relaciones de consumo?”, *Actualidad Civil*, nº 9, septiembre 2022).

¹⁶ Sentencia TJUE de 22 de septiembre de 2022, *Vicente y Delia*, asunto C-335/21.

¹⁷ Por toda referencia: Comunicación de la Comisión, Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, 2019/C 323/04, DOUE 27.9.2019 (apartado 5).

¹⁸ Sentencia del TJUE de 14 marzo de 2013 (asunto C-415/11). Los hechos del caso son los siguientes: El 19 de julio de 2007, *Aziz* firmó un contrato de préstamo hipotecario en escritura pública con el banco Catalunya Caixa. La escritura contaba con una cláusula de condiciones generales (cláusula nº 15), en virtud de la cual se acordó que la entidad bancaria podía dar por

el más destacado pues llevó al legislador español a introducir una rápida modificación del procedimiento hipotecario, judicial y extrajudicial¹⁹. Si nos detenemos en él, podemos analizar la cuestión prejudicial, primero, y, la reacción del legislador, después²⁰.

1. La cuestión prejudicial

El 19 de julio de 2011, el juez del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, José M^a Fernández Seijo, encargado de resolver la demanda de nulidad del procedimiento ejecutivo interpuesta por Aziz, dictó auto elevando una cuestión prejudicial ante el TJUE, habida cuenta de la previa jurisprudencia del TJUE, en relación con la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, conforme a la cual el juez que instruye un procedimiento *puede y debe* apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas en el contrato. La cuestión prejudicial puso el foco de atención sobre los siguientes aspectos:

Primero: Conforme a la ley española, el demandado no podía paralizar la ejecución de la hipoteca oponiendo la existencia de cláusulas abusivas en el contrato²¹;

Segundo: Conforme a la ley española, el juez no podía apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria²²; y,

vencido anticipadamente el crédito desde que se produjese el impago de una de las cuotas mensuales en que estaba fraccionada la devolución del préstamo; Además, se fijó un interés moratorio de un 18,75 %, que se añadía al 4,87% de interés ordinario; Por último, se convino que, llegado el momento –en su caso– de la liquidación del contrato, el banco pudiera hacerla unilateralmente.

Aziz era un trabajador marroquí que, desde 1993, venía ganando un salario de entre mil cien y mil trescientos euros al mes. Contrató el préstamo hipotecario para adquirir una vivienda en la que habitaría con su mujer y otros dos familiares. La deuda inicial era de 115.821 euros. La amortización del préstamo tendría lugar en 33 anualidades. El número de cuotas a pagar era de 396, una al mes. Cada cuota tenía el valor de 701,04 €, lo que suponía un 70% de su sueldo.

En 2008, cuando en España se sienten de pleno los efectos del denominado *pinchazo de la burbuja inmobiliaria*, Aziz perdió su empleo. Comenzó así el impago de las cuotas del préstamo hipotecario. Tras cuatro meses desde el cese de los pagos (de junio a septiembre de 2008), el banco decidió aplicar la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo, iniciando acciones judiciales el 16 de octubre de 2008. Por telegrama de fecha 21 de enero de 2009, se comunicó al deudor demandado que el importe adeudado ascendía a aproximadamente 140.000 euros (esto es, en torno a 25.000 euros más de lo inicial), más los intereses y los gastos.

El 11 de marzo de 2009, se inició un procedimiento ejecutivo contra Aziz, conforme a lo dispuesto en el artículo 685 LEC. El 5 de diciembre de 2009, se dictó auto despachando ejecución, a la vez que se notificaban al deudor los derechos que le correspondían: En primer lugar, por tener el bien ejecutado la condición de vivienda familiar, podía liberarlo mediante consignación de la cantidad vencida hasta el momento, conforme a lo dispuesto en el artículo 693.3 LEC; Además, si fuera el caso, podía alegar –a fin de dejar en suspenso la ejecución– alguna de las causas de oposición que, con carácter exhaustivo, enumeraba el artículo 695 LEC (entre las cuales no se contemplaba la existencia de cláusulas abusivas en el contrato). El 20 de julio de 2010, el bien inmueble fue adjudicado al acreedor por el 50% de su valor, ya que la subasta quedó desierta por falta de licitadores. Aziz interpuso una demanda de nulidad del procedimiento ejecutivo, alegando la nulidad de las cláusulas abusivas que habían dado lugar al mismo. En la demanda solicita los siguientes aspectos: 1º Que se declare la nulidad de la cláusula nº 15, de condiciones generales; 2º Que, en consecuencia, se declare la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria; y, 3º Que se declare la validez y eficacia del resto del préstamo hipotecario.

¹⁹ Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

²⁰ Me tomo la licencia de traer aquí el caso conforme lo redacté para mi trabajo titulado “Reacciones del legislador como consecuencia de la jurisprudencia del TJUE. En particular, la reforma procesal tras el caso *Aziz*”, *Die Rechtsprechung des EuGH und ihr Einfluss auf die nationalen Privatrechtsordenungen*, T. Arroyo/J. Kindl (dir.), Nomos, Münster, 2019, pp. 39-62.

²¹ El demandado no podía paralizar la ejecución oponiendo la existencia de cláusulas abusivas en el contrato porque el artículo 695 LEC no contemplaba, entre las causas de oposición, la mencionada.

²² Aunque recordemos que, ya antes del caso *Aziz*, el TJUE había comenzado a declarar que el juez no sólo podía apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas, sino que incluso debía hacerlo, es decir, estaba obligado a ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE. La razón que lo justifica es que el consumidor está en una situación de vulnerabilidad frente al empresario tanto en lo que a la capacidad de negociar se refiere como en lo que afecta a la información, por lo que debe recuperarse el equilibrio contractual con medidas especiales de protección del consumidor. Conforme a la doctrina del TJUE, este reequilibrio de la igualdad de los contratantes requiere la intervención de terceros ajenos al contrato: en particular, el juez que conozca del asunto; Así, en las SSTJUE 27 junio 2000 (caso *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, EU:C:2000:346), 16 octubre 2006 (caso *Mostaza Claro*, EU:C:2006:675) y 6 octubre 2009 (caso *Asturcom Telecomunicaciones*, EU:C:2009:615), entre otras. Véase: M^a J. GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, *Diálogo entre los Tribunales españoles y el TJUE sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13/CEE*, Colegio de Registradores, 2018, pp. 33-48.

Tercero: Conforme a la ley española, el juez de un procedimiento declarativo ordinario sobre la nulidad de las cláusulas no podía adoptar medidas cautelares que paralizasen la ejecución hipotecaria que estuviera llevándose a cabo en un procedimiento paralelo.

Los tres aspectos fueron declarados por el TJUE incompatibles con la Directiva 93/13/CEE en el caso *Aziz*. El legislador tomó medidas en relación con los dos primeros, pero no consideró necesario modificar el tercer y último aspecto consultado.

2. La reacción del legislador

Dos meses después de que el TJUE dictara sentencia resolviendo el caso *Aziz*, el Reino de España ponía de manifiesto su docilidad a los dictámenes del Alto Tribunal de la UE, introduciendo importantes modificaciones en el Derecho interno a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social:

Primera: El demandado podrá oponerse a la ejecución hipotecaria alegando la existencia de cláusulas abusivas en el contrato (artículos. 695.1.4º y 557.1.7ª LEC);

Segunda: El juez (o, en su caso, el notario) del procedimiento ejecutivo hipotecario puede y debe apreciar de oficio -o a instancia de parte- la existencia de cláusulas abusivas (artículos 552.1 LEC²³, 129 LH, 83 TRLGDCU)²⁴.

La reforma no modifica ni el artículo 698 LEC (que prohíbe interrumpir el procedimiento ejecutivo hipotecario), ni el artículo 721 LEC (relativo a las medidas cautelares, que tiene como límite lo dispuesto en el citado 698 LEC). A favor de esta decisión del legislador se pronunció Á.F. CARRASCO²⁵. Si ya se admite la oposición a la ejecución hipotecaria alegando la existencia de cláusulas abusivas, no es preciso introducir como medida cautelar en un procedimiento ordinario que -por ejemplo- pudiera celebrarse en paralelo, la oposición de las cláusulas abusivas en el procedimiento ejecutivo.

V. La Directiva 93/13 y la revisión del principio de autonomía procesal de los Estados miembros

13. A mi juicio, la mayor aportación científica que conlleva analizar el caso *Aziz* y su impacto en el Derecho interno radica en advertir cómo una Directiva que, en principio, contiene normas de Derecho sustantivo, acaba afectando de lleno al Derecho procesal, ámbito al que no estaba dirigida. La Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas, es un ilustrativo ejemplo de hasta qué punto el principio de autonomía procesal de los Estados miembros puede verse afectado y limitado por los principios de primacía del Derecho de la unión y de equivalencia y efectividad, o -indistintamente- por el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 47 Carta de Derechos fundamentales UE) del consumidor. Las cuestiones que se derivan de ello son, a mi juicio, de notorio calado²⁶.

14. El principio de autonomía procesal de los Estados miembros (que bien puede derivarse del artículo 19.II del Tratado de la Unión Europea y del artículo 291.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)²⁷, está reconocido por la jurisprudencia del TJUE, más bien para delimitarlo por los

²³ Cabe relacionarlo con el artículo 681.1 LEC.

²⁴ Más aún si están complementados con la jurisprudencia del TJUE.

²⁵ A.F. CARRASCO PERERA, "La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria, y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria", *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n. 6, 2013, pp. 58-65. <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/301>

²⁶ Me refiero a cuestiones tales como el rol de la jurisprudencia del TJUE en el sistema de fuentes; el rol del propio TJUE como "tutor" del legislador en relación con la transposición de la Directiva, y por supuesto como "tutor" de los Jueces y Magistrados a la hora de interpretarla. En definitiva, suscita la cuestión de si estamos ante un sistema de *Common Law*, con la consiguiente función normativa del precedente cuando del TJUE se trata.

²⁷ R. PAZOS CASTRO (*El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 683) lo vincula con el considerando 24 de la Directiva 93/13/CE. El autor subraya la "fuerte relación" que conecta el derecho subjetivo y el ámbito procesal, y considera necesaria "una adecuada estructura procesal" que haga efectivos los dere-

principios de equivalencia y efectividad²⁸; La Resolución del Parlamento europeo de 4 de julio de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la UE, dedica un primer apartado a la “Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la autonomía procesal nacional y la tutela judicial efectiva”: En sus cuatro Considerandos claramente puede apreciarse lo que acabo de afirmar.

15. Como es sabido, el Derecho de consumo es competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros (artículo 4.2.f TFUE) y por tanto, los Jueces deben tener en cuenta que, cuando resuelvan litigios en que es parte un consumidor, están en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y por esa razón es preciso que atiendan no sólo a la normativa europea y a la jurisprudencia del TJUE que la interpreta, sino también a los principios rectores e informadores del Derecho de la Unión, de origen jurisprudencial²⁹: en particular, los principios de primacía del Derecho de la Unión³⁰, de efectividad y eficacia, a los que cabe añadir el principio de aplicación directa del Derecho de la Unión:

En la medida en que el TJUE puede intervenir para que se apliquen las Directivas, anulando actos públicos (normas o sentencias) que contraríen el Derecho de la Unión (artículo 267 TFUE), cabe hablar de un principio de aplicación directa del Derecho de la Unión en general, tanto en relación con los Reglamentos como con las Directivas, aunque en sentido estricto pudiera parecer que sólo los Reglamentos tendrían efecto directo, al tener que ser incorporadas las Directivas por los Estados miembros (artículos 288 y 291.1 TFUE). Este principio de aplicación directa viene respaldado por la jurisprudencia del TJUE (comenzando por la sentencia *Van Gend en Loos*, en 1963³¹), que aplica el contenido de las Directivas con independencia de que en el Estado miembro afectado existan normas no armonizadas o que dificulten o disminuyan la eficacia de lo dispuesto en la Directiva. El TJUE abre con ello paso a los principios de equivalencia y efectividad³².

chos de los consumidores. A su juicio, la armonización y desarrollo de estos derechos a nivel europeo “obliga a replantearse el papel que deben jugar las normas procesales nacionales, así como los propios derechos de carácter procesal”.

²⁸ Algún autor cuestiona la existencia del principio, alegando que el Derecho de la Unión Europea, lejos de enfatizar “la autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros”, subraya “su deber de cumplir con las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión” (en este sentido: X. ARZOZ SANTISTEBAN, “La autonomía institucional y procedimental de los Estados Miembros en la Unión Europea: Mito y Realidad”, *Revista de Administración Pública*, núm. 191, Madrid, mayo-agosto 2013, pp. 159-197). En el *Prólogo* de D. Ruíz-Jarabo a la obra *Poder judicial e integración europea* (de D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, Thomson-Cívitas, 2004, p. 22), el Abogado General expresa con claridad que “la ejecución jurisdiccional del Derecho comunitario sustantivo a través de los cauces procesales existentes en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro”, aunque pertenezca al ámbito de la autonomía institucional de los Estados miembros, está limitado por los principios jurisprudenciales de equivalencia y efectividad, lo que permite al TJUE declarar inaplicables normas procesales nacionales.

²⁹ J.L. REQUEJO PAGÉS (“Un Tribunal constituyente”, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Una mirada española*, Colegio de Registradores, 2020, pp. 203-213) explica que “los problemas que comporta la inexistencia de una Constitución común a la Unión y a los Estados miembros se solventan de alguna manera con la función de unificación atribuida al Tribunal de Justicia” (p. 207). Como consecuencia, la Comisión Europea se ha ocupado de sistematizar el ingente material doctrinal y jurisprudencial que ha provocado la Directiva 93/13, a fin de que sea conocido y pueda ser aplicado [Comunicación de la Comisión, Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, 2019/C 323/04, DOUE 27.9.2019], pero lógicamente este documento es una *Guía* (p. 6) sin fuerza vinculante: sí la tiene, para el caso concreto, cada sentencia del TJUE, dando lugar -insisto- a un mecanismo digno de estudio desde el punto de vista de las fuentes del Derecho en la UE (y su relación con el sistema anglosajón del precedente judicial).

³⁰ El principio de primacía del Derecho de la Unión -antes mencionado- aparece en la Declaración (nº 17) aneja al Tratado de Lisboa, pero no como derecho originario sino como un reconocimiento del carácter imperativo de la interpretación que el TJUE hace del Derecho de la UE. Dice así el texto: “La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del TJUE, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión (...) priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia. / Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario”. El principio de primacía del Derecho de la Unión se completa con otros principios, también jurisprudenciales, que lo refuerzan (principios de unidad de interpretación, coherencia, plena eficacia y autonomía del Derecho de la UE).

³¹ Sentencia TJUE de 5 de febrero de 1963, asunto C-26/62, *Van Gend en Loos c. Administración Tributaria Neerlandesa*. La sentencia consagra el principio de efecto directo del Derecho de la UE, que no sólo genera deberes para los Estados sino derechos para los ciudadanos de la Unión, quienes podrán invocarlos ante los tribunales nacionales o ante el TJUE cuando no exista ningún recurso conforme al Derecho nacional. Ese efecto directo abarca dos aspectos, vertical y horizontal, de la aplicación del Derecho UE. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:114547>

³² Ambos principios tienen su origen en el caso *Rewe* (sentencia TJUE de 20 de febrero de 1979; asunto C-120/78).

Conforme al *principio de equivalencia*, el Derecho nacional no puede ser menos favorable cuando se aplica a una situación regulada por la UE (por ejemplo, comercio de cierto producto entre países miembros) que cuando se aplica a los nacionales (así, comercio interior de ese producto).

Conforme al *principio de efectividad*, si existen normas procesales que dificultan la aplicación del Derecho UE en la práctica, o lo hacen imposible, la norma interna deja de aplicarse por ser incompatible con el Derecho UE.

16. En relación con este último principio, es interesante la reflexión del procesalista Juan Damián Moreno: Observa el autor que el principio de efectividad no ha impactado tanto en el Derecho civil a la hora de aplicar la Directiva 93/13 como en el Derecho procesal, pues la apreciación de oficio de la nulidad por el juez es materia bien sabida por los civilistas, pero su aplicación en el ámbito procesal, por encima de principios procesales clásicos y alterando la norma vigente es del todo inusual: “(C)uando la justicia europea impone a los jueces nacionales el deber de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas, eso nada tiene que ver con el principio de efectividad pues es algo que hace habitualmente cuando se les permite apreciar otros motivos de nulidad que afectan a los negocios jurídicos. Sin embargo, sí lo tiene cuando un consumidor alega tal nulidad, aunque no sea en el momento procesal que de ordinario deberían efectuarse este tipo de alegaciones y no se atiende a su petición; entonces, sí, como así se desprende de la más reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional”³³.

17. Por esta razón, los jueces nacionales -en cuanto jueces europeos- han cumplido un rol en la implementación correcta de la Directiva 93/13 al plantear la cuestión prejudicial cuando existe duda sobre su compatibilidad con el Derecho interno (artículo 267 TFUE), sea en el plano civil o sustantivo, sea en el plano procesal o formal.

VI. Avances en la implementación de la Directiva a impulsos de la cuestión prejudicial planteada por los jueces españoles

18. Es fácil advertir que, desde el caso *Aziz* (2013) hasta hoy, la jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13 ha ejercido una constante influencia en nuestro ordenamiento interno: La ha tenido no sólo en las resoluciones de nuestros tribunales ordinarios de la jurisdicción civil -en particular, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo-, sino también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que denota un alcance muy significativo.

19. En el marco de la jurisdicción ordinaria, cabe mencionar la incesante labor de los juzgados y tribunales españoles, planteando cuestiones prejudiciales sobre la Directiva 93/13, y dando así lugar a pronunciamientos del TJUE que han ido configurando su doctrina en diversos aspectos relacionados con la Directiva, tanto de Derecho sustantivo como procesal³⁴.

1. Desde la perspectiva material o sustantiva

Desde una perspectiva de Derecho material o sustantivo, el TJUE aborda, entre otros, los siguientes aspectos destacados:

³³ J. DAMIÁN MORENO, “El valor de las ficciones como garantía del principio de efectividad: consideraciones en torno a la situación creada por la sentencia del TJUE de 17 de mayo de 2022”, *Diario La Ley*, 21 noviembre 2022.

³⁴ Explica M^a GARCÍA-VALDECASAS DORREGO que la Directiva sobre cláusulas abusivas ha dado lugar a casi trescientas cuestiones prejudiciales, una tercera parte de las cuales son iniciativa de jueces españoles (*El TJUE como garante de la protección de los consumidores*, sesión introductoria a la asignatura “Derecho de consumo” del Máster de Acceso a la Abogacía, UAM, 16.09.2021). El impacto que la Directiva 93/13/CEE ha tenido en el Derecho procesal español, parece comenzar a extenderse por otros países de la Unión (la misma ponente, en la *II Jornada sobre Derecho Procesal Europeo de Consumo*, UAM, 04.02.2022).

- 1º Aporta criterios que faciliten al juez nacional la valoración de la abusividad de la cláusula y, por tanto, de su nulidad (por ejemplo, interpreta la expresión *desequilibrio importante*³⁵; resuelve las dudas sobre pactos de renuncia³⁶, o sobre pactos novatorios³⁷). En ocasiones, lo hace confirmando la doctrina del Tribunal Supremo (por ejemplo, en relación con los intereses de demora³⁸), o sin contradecirla (por ejemplo, en relación con el IRPH³⁹).
- 2º Confirma mecanismos de sustitución judicial de la cláusula abusiva por una disposición legal, en concreto en relación con la cláusula de vencimiento anticipado⁴⁰, que ha dado lugar a numerosos pronunciamientos⁴¹. El Tribunal Supremo tuvo oportunidad de unificar después

³⁵ Así, en el caso *Constructora Principado* (sentencia TJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12), se interpreta el concepto “desequilibrio importante” (artículo 3.1 Directiva 93/13) en el sentido de que no requiere un desequilibrio cuantitativamente importante en relación al contrato, sino cualitativamente importante, que puede suceder cuando la legislación nacional atribuye al profesional el pago de un impuesto —se trataba del Impuesto Municipal de Plusvalía— y este lo carga al consumidor en una cláusula contractual, sin perjuicio de que incumbe al tribunal nacional apreciar las circunstancias concurrentes en el asunto concreto y las demás cláusulas del contrato controvertido.

³⁶ Mientras declara el TJUE que la renuncia a reclamar los efectos de una eventual declaración de abusividad de la cláusula suelo pactada originariamente puede ser compatible con el Derecho de la Unión (si la renuncia procede de un consentimiento libre e informado), no admite sin embargo la eficacia de la renuncia al ejercicio de acciones con relación a controversias futuras, considerando que esta última es siempre una cláusula abusiva que no vincula al consumidor (*Ibercaja Banco*, sentencia TJUE de 9 de julio de 2020, asunto C-452/18). A juicio de M. AGUILERA MORALES (“El penúltimo capítulo sobre cláusulas abusivas: reflexiones al hilo de la sentencia TJUE Ibercaja Banco”, *Revista española de Derecho europeo*, n.º 75, pp. 103-120), la luz que arroja la sentencia es la de admitir expresamente que el consumidor preste su consentimiento libre e informado a que no se aplique la Directiva 93/13 a una cláusula concreta del contrato, no negociada individualmente. Es decir, que la Directiva 93/13, aunque sea imperativa, no se aplica en contra de la voluntad del consumidor debidamente informado (pp. 112-113).

³⁷ Declara el TJUE que la exigencia de transparencia implica que cuando se celebra un contrato de novación relativo a la cláusula suelo deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de la celebración de ese contrato (auto TJUE de 3 de marzo de 2021, *Ibercaja Banco contra TJ*, asunto C-13/19), y que únicamente si a la fecha de celebración de la novación el consumidor era consciente del carácter no vinculante de la cláusula suelo y de las consecuencias que ello conllevaba, puede considerarse válido el contrato de novación, tratándose de una novación celebrada antes de la sentencia TS de 9 de mayo de 2013 (auto TJUE de 1 de junio de 2021, *Banco Santander contra UP*, asunto C-268/19). La doctrina española había puesto el foco sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo conforme a la cual el acuerdo de continuar con el contrato, tras la sentencia citada de 2013, reduciendo el límite mínimo del interés al 2,25 %, y renunciando a discutir la validez de las cláusulas suelo inicialmente acordadas (y por tanto, renunciando al cobro de las cantidades indebidamente pagadas), no es una novación sino una transacción extrajudicial válida (así, la sentencia TS de 11 de abril de 2018); Consideró que esta jurisprudencia del Tribunal Supremo podía ser contraria a la Directiva 93/13, M.J. MARÍN LÓPEZ, *El acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario: un análisis desde la Directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas*, Reus, 2019. Como hemos tenido oportunidad de ver, todo es cuestión de la concurrencia o no de determinados requisitos que matizan el caso.

³⁸ Asunto *Banco Santander contra Escobedo Cortés* (sentencia TJUE de 7 de agosto de 2018, asunto C-96/16 y C-94/17). El TJUE corrobora la compatibilidad con la Directiva 93/13, tanto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que procede declarar abusivas las cláusulas no negociadas de los contratos celebrados con consumidores (préstamos hipotecarios y préstamos personales) relativas a los intereses de demora cuando se fije un interés de demora superior a los dos puntos porcentuales de incremento sobre el interés remuneratorio; como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece, como consecuencia de esa declaración de abusividad, la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato.

³⁹ A pesar de que los jueces nacionales lo pusieran en entredicho: Véase, la sentencia TJUE de 3 de marzo de 2020 (*Gómez del Moral Guasch*, asunto C-125/18) y, tras una nueva cuestión prejudicial del mismo órgano jurisdiccional (Juzgado de 1ª Instancia n.º 38 de Barcelona), el auto TJUE de 17 de noviembre de 2021 (*Gómez del Moral Guasch*, asunto C-655/20). Un nuevo intento de poner en evidencia la jurisprudencia del TS sobre la cláusula IRPH, llevado a cabo por el Juzgado de 1ª Instancia n.º 2 de Ibiza, también fracasó, dando lugar al auto TJUE de 17 de noviembre de 2021, *Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A.*, asunto C-79/21.

⁴⁰ Declara el TJUE (caso *Abanca Corporación Bancaria*, sentencia TJUE de 26 de marzo de 2019, C-70/17 y C-179/17) que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de la cláusula abusiva de vencimiento anticipado sustituyéndola por la entonces nueva redacción de la disposición legal (art. 693.2 LEC) inspiradora de la cláusula, “aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales” (posteriormente volvió a modificarse el artículo 693.2 LEC, dando lugar a la vigente redacción).

⁴¹ Resulta importante el conjunto de sentencias y autos dictados por el TJUE en materia de cláusulas de vencimiento anticipado y de intereses moratorios en respuesta a tribunales españoles: sentencia TJUE de 21 de enero de 2015, *Unicaja Banco y Caixabank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13; auto TJUE de 11 de junio de 2015, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*,

la doctrina del TJUE en la materia y desbloquear la paralización creada de multitud de procedimientos de ejecución hipotecaria⁴².

- 3º También a instancia de tribunales españoles, se ha pronunciado el TJUE sobre otras cuestiones, tales como la exclusión de la Directiva 93/13 de las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias (artículo 1.2)⁴³; o los efectos de la identificación de la cláusula abusiva sobre los gastos de constitución y cancelación de hipoteca estableciendo que resultan de aplicación las disposiciones de Derecho nacional que regulan el reparto de dichos gastos en defecto de acuerdo entre las partes⁴⁴.

2. Desde la perspectiva procesal

Anterior al caso *Aziz* fue declarada la incompatibilidad con la Directiva 93/13 del procedimiento monitorio español (en el caso *Banco Español de Crédito*⁴⁵), que dio lugar a la reforma del proceso monitorio mediante la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, más de tres años después.

Después del caso *Aziz*, los procedimientos en que el TJUE se ha pronunciado sobre disposiciones procesales españolas han sido muy numerosos (sobre el mismo procedimiento de ejecución hipotecaria volvió el TJUE a hacer constar su incompatibilidad con la Directiva 93/13 en *Banco Popular Español*⁴⁶).

Como ejemplos de compatibilidad e incompatibilidad -respectivamente- de nuestro Derecho procesal con la Directiva, cabe citar los siguientes:

- 1º El TJUE ha declarado compatible con la Directiva 93/13, por ejemplo, tanto la obligación, por parte de una asociación de consumidores, de presentar la acción de cesación ante el juez del establecimiento o domicilio del profesional⁴⁷, como -de otra parte- la utilización por parte de la entidad bancaria del procedimiento de ejecución extrajudicial para conseguir e inscribir el título de propiedad en combinación con el procedimiento del artículo 250.1.7º de la LEC para obtener, posteriormente, la posesión de la vivienda, sin que ni en uno ni en otro exista control judicial de oficio de las cláusulas abusivas⁴⁸.
- 2º Más extenso es el listado de las incompatibilidades.

El TJUE ha declarado incompatibles con el artículo 7.1 Directiva 93/13, las siguientes normas: La que obliga al juez nacional a suspender la acción individual de declaración de abusividad de cláusula

C-602/13; auto TJUE de 8 de julio de 2015, *Banco Grupo Cajatres*, C-90/14; auto TJUE de 17 de marzo de 2016, *Ibercaja Banco*, C-613/15; sentencia TJUE de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander contra Escobedo Cortés*, C-96/16 y C-94/17; sentencia TJUE de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria*, C-70/17 y C-179/17; auto TJUE de 3 de julio de 2019, *Bankia contra Henry-Rodolfo Rengifo Jiménez*, C-92/16; auto TJUE de 3 de julio de 2019, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria contra Fernando Quintano Ujeta*, C-167/16; auto TJUE de 3 de julio de 2019, *Bankia contra Alfredo Sánchez Martínez*, C-486/16; auto TJUE de 4 de febrero de 2021, *CDT*, C-321/20.

⁴² En su sentencia de pleno de 11 de septiembre de 2019, nº 2761/2019, el Tribunal Supremo interpretó la sentencia del caso *Abanca Corporación Bancaria* y los tres autos del TJUE dictados posteriormente sobre el mismo problema —casos *Bankia y Henry-Rodolfo Rengifo Jiménez* (C-92/16), *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria y Fernando Quintano Ujeta* (C-167/16) y *Bankia y Alfredo Sánchez Martínez* (C-486/16), a fin de proporcionar un tratamiento definitivo a la cuestión en nuestro país: Establece una serie de pautas para los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso en los que no se hubiera producido la entrega de la posesión al adquirente, y desbloquea la suspensión de multitud de procedimientos de ejecución que se encontraban paralizados.

⁴³ Sentencia TJUE de 30 de abril de 2014, *Barclays Bank*, C-280/13 y auto TJUE de 5 de julio de 2016, *Banco Popular Español y PL Salvador*, C-7/16.

⁴⁴ Sentencia TJUE de 16 de julio de 2020, *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, C-224/19 y C-259/19.

⁴⁵ Sentencia TJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10.

⁴⁶ Auto TJUE de 14 de noviembre de 2013, *Banco Popular Español*, C-537/12 y C-116/13. Se declara la incompatibilidad por las mismas razones que en el caso *Aziz*, pero siendo el pleito principal un procedimiento de ejecución hipotecaria y no un declarativo como sucedía en el caso *Aziz*. En esta fecha, el legislador español ya había reaccionado a la incompatibilidad declarada, con la modificación de la LEC.

⁴⁷ Sentencia TJUE de 5 de diciembre de 2013, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, C-413/12.

⁴⁸ Sentencia TJUE de 7 de diciembre de 2017, *Banco Santander*, C-598/15.

en espera de sentencia firme en acción colectiva (artículo 43 LEC)⁴⁹; La que prohíbe al juez nacional la adopción de oficio de medidas cautelares cuando un consumidor ejercita una acción para la declaración como abusiva de una cláusula (artículo 721.2 LEC)⁵⁰; El artículo 695 LEC, por ser contrario además al principio de igualdad procesal (se cita en este sentido también el derecho a la tutela judicial efectiva, artículo 47 Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea), dado que el deudor ejecutado no podía recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestimaba su oposición a la ejecución basada en la existencia de cláusula abusiva mientras que el acreedor ejecutante podía interponer recurso de apelación contra la resolución que acordase el sobreseimiento de la ejecución o declarase la inaplicación de una cláusula abusiva⁵¹ (no habiendo incompatibilidad una vez que el legislador español modificó el artículo 695 LEC para adaptarlo a lo manifestado por el TJUE⁵²); O bien, en relación con las costas procesales, el artículo 394.2 LEC⁵³.

VII. La implicación de los Tribunales Supremo y Constitucional en la implementación de la Directiva. Particular atención a los principios de cosa juzgada y *reformatio in peius*. La acumulación de litigios en materia de consumo

20. La proliferación de litigios relacionados con cláusulas abusivas en España, puede atribuirse -sin duda- no sólo al esclarecimiento por el TJUE de la interpretación de la Directiva 93/13, sino a malas prácticas bancarias. Es muy probable que -a la vuelta de estos treinta años de vigencia de la Directiva sobre cláusulas abusivas- la situación vaya remitiendo. Esperemos que tanto esfuerzo -en el que también han tomado parte activa los Tribunales Supremo y Constitucional- no haya sido en vano.⁵⁴

21. Es normal que esta multitud de procedimientos, concluidos unos, pendientes de solución, otros, haya abierto un debate sobre la eficacia de la cosa juzgada, o -mejor dicho- sobre cómo definir con mayor exactitud la operatividad de este principio clave del Derecho procesal. Y así ha sido, no sólo en el plano doctrinal⁵⁵ sino también en el ámbito jurisdiccional; Debate en que participan nuestros Altos Tribunales, Supremo y Constitucional y el TJUE, como explicaré a continuación.

En relación con la cosa juzgada hay que destacar, sin duda, las cuestiones prejudiciales acumuladas que -con ocasión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la nulidad de las cláusulas suelo⁵⁶, pero

⁴⁹ Sentencia TJUE de 14 de abril de 2016, *Sales Sinués*, C-381/14 y C/385/14.

⁵⁰ Auto TJUE de 26 de octubre de 2016, *Fernández Oliva*, C-568/14 a C-570/14.

⁵¹ Sentencia TJUE de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo*, C-169/14.

⁵² Auto TJUE de 16 de julio de 2015, *Sánchez Morcillo*, C-539/14.

⁵³ Sentencia TJUE de 16 de julio de 2020, *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, C-224/19 y C-259/19. Al respecto, pero en relación con el primer párrafo del artículo 394 LEC, véase la sentencia TS de 16 de noviembre de 2022 (Roj: STS 4236/2022, ECLI:ES:TS:2022:4236).

⁵⁴ F.J. ORDUÑA MORENO (“La protección jurídica del consumidor y del cliente en el mercado asegurador conforme a la primacía del derecho de la Unión Europea: una perspectiva sistemática y transversal desde el principio de transparencia”, *Diario La Ley*, 22.06.2022), defiende que la Directiva 93/13/CEE es una medida “indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta”, y recuerda que la misma UE ha reivindicado para la Directiva citada el papel de “lograr la equidad en el mercado interior” (Comunicado de la Comisión Europea de 27 de septiembre de 2019, relativo a la interpretación y aplicación de la Directiva 93/13).

⁵⁵ Por ejemplo, se explora sobre la “extensión subjetiva de la cosa juzgada”, alegando que del mismo modo que otras instituciones procesales han tenido que flexibilizarse para alcanzar la tutela efectiva de los consumidores, deben producirse también “variaciones en materia de cosa juzgada” (L.M. BUJOSA VADELL, “La protección procesal de los consumidores y usuarios”, en *Derecho de los consumidores y usuarios*, A. DE LEÓN ARCE/DIR., L.Mª GARCÍA GARCÍA/COORD., 3ª ed., Tomo II, Tirant lo Blanch, pp. 2625-2722, p. 2706).

⁵⁶ El Tribunal Supremo decretó que las cláusulas suelo son nulas cuando no van acompañadas de una cláusula techo o bien cuando existiera, entre ambas, tanta diferencia que diera lugar a un desequilibrio contractual perjudicial para el consumidor. La nulidad de la cláusula no necesariamente supone la nulidad del contrato cuando pueda subsistir sin dicha cláusula. Al respecto: Á. VALERO FERNÁNDEZ-REYES, “Consumidores: Condiciones Generales Abusivas. Cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios. Efectos de su nulidad. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (1916/2013)”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina*, vol. 6, 2016, pp. 153-184.

limitando en el tiempo los efectos de la ineficacia⁵⁷- se elevaron ante el TJUE, dando lugar a la sentencia *Gutiérrez Naranjo*⁵⁸: En ella, el TJUE dejó sin aplicación la doctrina de la limitación de efectos de la nulidad de las cláusulas suelo decretada por el Tribunal Supremo, a la vez que declaró que el Derecho de la Unión *no obliga* a los jueces nacionales a dejar de aplicar normas procesales internas que confieren los efectos de la cosa juzgada⁵⁹, pronunciamiento que generó “una gran tormenta”^{60,61}

A la vez, el esfuerzo que el legislador español había realizado tras el caso *Aziz* para adaptar el Derecho interno a la Directiva 93/13, si bien fue rápido, como vimos, tropezó con una nueva declaración de incompatibilidad con la Directiva 93/13 (caso *BBVA*⁶²): El TJUE declaró que la Disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, al dar un plazo de un mes para que -en los procedimientos ya iniciados- pudiera invocarse el carácter abusivo de las cláusulas, sin que estuviera prevista la notificación de esta posibilidad a los consumidores afectados, no garantizaba el ejercicio efectivo del nuevo derecho reconocido a los consumidores por la modificación legislativa⁶³. Lógicamente, los consumidores comenzaron a formular oposición alegando la existencia de cláusulas abusivas, con independencia de la fecha en que el procedimiento se hubiera iniciado.

Para desbloquear la situación de la devolución de cantidades generadas por estos motivos, se aprobó el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de Medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, por el que se estableció un sistema de resolución extrajudicial de conflictos; Además, el Poder Judicial puso en marcha un plan de especialización de juzgados en cláusulas abusivas, solución que -a la vuelta de los años- ha alcanzado resultados muy positivos⁶⁴; Por último, el Proyecto de Ley de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (2022)⁶⁵ prevé -para solventar

⁵⁷ En su sentencia 241/2013, de 9 de mayo, el Tribunal Supremo limitaba los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo tanto para los pagos efectuados con anterioridad a la sentencia como para los casos en que hubiera recaído resolución con eficacia de cosa juzgada. La sentencia recibió la crítica de la doctrina: J.M^a MIQUEL GONZÁLEZ (“Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 27, 2013-I, pp. 223-252, pp. 248-251), denuncia que el Tribunal Supremo dejase de aplicar el Derecho por razones económicas, llegando al resultado inadmisibles de declarar la irretroactividad de la declaración de nulidad.

⁵⁸ C-154/15; ECLI:EU:C:2016:980. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-154/15> Sentencia TJUE de 21 de diciembre de 2016. Comentando esta sentencia, S. CÁMARA LAPUENTE (*Contratos y protección jurídica del consumidor*, Oleknik, 2018, pp. 319-349) ha subrayado la potencial importancia de la doctrina jurisprudencial de la sentencia del TJUE para clarificar la doctrina europea relativa a las cláusulas abusivas, más allá de la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, y las cuestiones que la sentencia dejaba planteadas para el Derecho nacional (también, el mismo autor en: “Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de las cláusulas suelo”, *InDret*, 1/2017).

⁵⁹ Se explica en la sentencia, en este sentido, que la protección del consumidor no es absoluta (n. 68).

⁶⁰ J.M^a BECH SERRAT; “Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿Por qué no hacer una excepción de la cosa juzgada?”, *Revista para el análisis del Derecho. InDret*, 2018, p. 4.

⁶¹ Para una síntesis de la cuestión, en perspectiva procesal, véase: M. JIMENO BULNES (“El diálogo entre tribunales europeo y nacional: su incidencia en derecho procesal español”, *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los Tribunales*, JIMÉNEZ CONDE (dir.), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 101-135, pp. 112-118). La autora plantea la cuestión de la posible responsabilidad del Tribunal Supremo por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea al no plantear la cuestión prejudicial siendo obligado a ello al no admitirse posterior recurso judicial de Derecho interno (artículo 267.III TFUE), así como -en su caso- la posible responsabilidad patrimonial del Estado derivada de lo anterior (p. 118).

⁶² STJUE 29 octubre 2015, *BBVA*, C-8/14.

⁶³ El legislador español se vio en la obligación de dar cumplimiento a esta sentencia, introduciendo en la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de crédito inmobiliario la disposición transitoria tercera, pero el retraso con el que rectificó la situación provocó, a nuestro juicio, un grave perjuicio a todos los deudores hipotecarios que perdieron la posesión de su vivienda desde el dictado de la sentencia *BBVA* (en octubre de 2015) hasta la entrada en vigor de la disposición transitoria tercera (el 15 de junio de 2019).

⁶⁴ En la página web *Poder Judicial.España*, se publica el 23 de diciembre de 2021, que “El CGPJ da por concluido el plan de especialización en cláusulas abusivas en 20 juzgados gracias a la notable disminución de asuntos pendientes” (mientras que, en otros 24 juzgados, el plan se prorroga entre medio y un año). La formación de estos jueces especializados ha de referirse tanto a los criterios de localización de las cláusulas abusivas, como al tratamiento jurídico aplicable, que puede además encontrar alguna excepción conforme al Derecho interno; En particular, en relación con los inversores, según sea o no de aplicación la normativa MiFID: C. ARGELICH COMELLES, “Remedios del consumidor ante la abusividad en los instrumentos no financieros”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 95, núm. 771, pp. 13-65, merecedor del IX premio otorgado por la citada Revista; y A. AGÜERO ORTIZ, *La evolución de la normativa de protección a los inversores y los remedios aplicados a los contratos de inversión*, Aranzadi Thomson Reuters, 2020.

⁶⁵ El Proyecto ha sido aprobado por el Consejo de Ministros el 12.04.2022, y constituye con la Ley de eficiencia digital y el Proyecto de Ley de eficiencia organizativa, la base legislativa del Plan Justicia 2030 [<https://www.mjusticia.gob.es/es/mi>]

la saturación de Juzgados y Tribunales en materias como las propias de consumidores defraudados en masa (caso de las preferentes, o de las cláusulas suelo, por ejemplo), el denominado “procedimiento testigo”, aún sin implantar en la LEC⁶⁶.

Ahora bien: Si –como acabamos de explicar- la sentencia citada del TJUE en el caso *Gutiérrez Naranjo* declaraba legítimo que un juez nacional pusiera límite a la protección del consumidor en presencia de cosa juzgada, y afirmaba la compatibilidad entre este principio procesal nacional y la Directiva 93/13/CEE, la cuestión en España no ha quedado ahí, y –como veremos a continuación- ha sido precisamente el Tribunal Constitucional quien ha dado un paso al frente restringiendo los casos en que la cosa juzgada puede actuar como límite a la protección del consumidor (STC 31/2019, de 28 de febrero).

Poco antes de la sentencia del Tribunal Constitucional que acabamos de mencionar, Josep M^a Bech Serrat había cuestionado si el principio de tutela efectiva, así como los principios de equivalencia y efectividad no justificarían que, en algunos casos, se hiciera una excepción a la *res iudicata* para dar prioridad a la aplicación del Derecho de la Unión, también cuando hubiera cosa juzgada⁶⁷; El autor aludía, en materia de cláusulas abusivas, a la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, en el denominado asunto *Banco Primus* (ECLI:EU:C:2017:60). En esta sentencia, el TJUE declaró que para que una resolución tuviera los efectos de la cosa juzgada y no fuera revisable en relación con una cláusula concreta, debía contener una motivación suficiente para considerar que hubo control de oficio sobre la legalidad del contrato en su conjunto; Sin embargo, en el caso de que una cláusula no hubiera sido examinada en un anterior control judicial concluido con los efectos de cosa juzgada, el juez sí estaría obligado a apreciar la nulidad, sea de oficio, sea a instancia de parte⁶⁸.

En la sentencia antes citada, de 28 de febrero de 2019, el Tribunal Constitucional español se hizo eco de la doctrina del TJUE, sentada en el caso *Banco Primus*⁶⁹, pero dando un paso más, al exigir que –para hablar de cosa juzgada- debe existir motivación en previa resolución firme sobre la concreta cláusula abusiva discutida (no sería suficiente por tanto un juicio de legalidad del contrato en general): El TC asume en este caso la obligación de dispensar la tutela judicial efectiva al no haberlo hecho los demás órganos judiciales y declara que el incumplimiento por éstos de la obligación de apreciar la abusividad de una cláusula contractual fundamenta el otorgamiento de amparo constitucional al consumidor, citando los artículos 24, 47 y 51 CE.

M^a José García-Valdecasas hace dos interesantes consideraciones al respecto⁷⁰:

nisterio/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/Aprobados-los-proyectos-de-ley-de-Eficiencia-Organizativa-y-Eficiencia-Procesal ; fecha última consulta: 05.12.2022]. El citado Proyecto de ley de eficiencia procesal tiene como primer eje “el de los medios adecuados de solución de controversias (MASC)”, que –habiendo sido experimentados en Derecho comparado- se implementarían en los procesos civiles y mercantiles; el “segundo eje es el de la reforma de leyes procesales”, con la introducción –entre otras medidas- del “procedimiento testigo y la extensión de efectos para una gestión ágil y eficaz de la litigación en masa en materia de condiciones generales de la contratación”; Por último, el tercer eje “se refiere a la transformación digital”. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/151220-justicia.aspx> [Fecha última consulta: 05.12.2022]

⁶⁶ E. CASTRILLO DE LARRETA-AZELAÍN, “El nuevo procedimiento testigo”, *Lex. El portal jurídico hispano-alemán*, 30.04.2021 <https://lex.ahk.es/actualidad-juridica/el-nuevo-procedimiento-testigo> Por otra parte, F. GASCÓN INCHAUSTI, en su trabajo *Tutela Judicial de los Consumidores y Transacciones Colectivas* (Cuadernos Civitas, 2010), ha analizado la posibilidad de extender la protección de los intereses de los consumidores a través de las transacciones colectivas.

⁶⁷ J.M^a BECH SERRAT, “Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿Por qué no hacer una excepción de la cosa juzgada?”, *Revista para el análisis del Derecho. InDret*, 2018. El autor cita varios casos en que la jurisprudencia del TJUE admite este resultado; entre ellos: (1) *Asturcom Telecomunicaciones*, si bien se refiere a un laudo; y, (2) *Banco Primus* (a la que me referiré a continuación).

⁶⁸ En la sentencia se alude expresamente al precedente del caso *Gutiérrez Naranjo*, conforme a la cual el TJUE admite que “la protección del consumidor no es absoluta”, y señala que los jueces no están obligados a dejar de aplicar el principio de cosa juzgada “aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición” de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Se afirma que el artículo 207 LEC es compatible con ella y se aclara que, “en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado”, el juez nacional “está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio” la nulidad de la cláusula abusiva (núms. 54 y 76).

⁶⁹ Sentencia TC 31/2019, de 28 de febrero, del Pleno (ECLI:ES:TC:2019:31).

⁷⁰ M^a J. GARCÍA-VALDECASAS DORREGO (“La sentencia de 28 de febrero de 2019 del Tribunal Constitucional: preclusión procesal, cosa juzgada y derecho de propiedad en la declaración de abusividad de una cláusula contractual”, *Derecho privado y Constitución*, 37, 2020, pp. 343-380) explica que los antecedentes de esta sentencia del TC son, de un lado, la sentencia TJUE *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores* (varios asuntos acumulados, ECLI:EU:C:2000:346), en la que el TJUE declaró por primera vez que el juez nacional está obligado a declarar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas y la

De un lado, recuerda que en *Banco Primus*, el TJUE consideró suficiente para que hubiera cosa juzgada, la existencia de un pronunciamiento judicial sobre la legalidad del contrato en su conjunto, mientras que el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 28 de febrero de 2019 “va más allá y exige un plus de motivación” al afirmar que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si falta un pronunciamiento sobre la eventual abusividad de la cláusula que provocó la ejecución. A juicio de la autora “esta exigencia de motivación expresa, en relación con la cláusula controvertida, viene a ser un requisito de carácter procesal, y, por lo tanto, su exigencia o no en el ámbito nacional es perfectamente posible” si se respetan los principios de equivalencia y efectividad⁷¹. El TC ha reiterado su doctrina: Así, en la sentencia TC 44/2022, de 21 de marzo de 2022⁷² y en la sentencia TC 80/2022, de 27 de junio de 2022⁷³.

Volviendo al comentario de la autora citada, advierte que el Tribunal Constitucional señala como único límite al control de abusividad de las cláusulas contractuales, la existencia de cosa juzgada en relación con la concreta cláusula abusiva, “sin que de la sentencia del Tribunal de Justicia parezca deducirse que la cosa juzgada constituye la única excepción al examen de la abusividad de una cláusula contractual”⁷⁴. A su juicio, la existencia de un tercero adjudicatario puede también constituir un límite a los efectos de la nulidad de la cláusula abusiva y –por tanto- de la protección del consumidor al concluir el procedimiento ejecutivo⁷⁵. Esto, no obstante, es discutido y matizable⁷⁶.

sentencia TJUE *Pannon* (C-243/08, 2009), por la que se declara que esta obligación del juez nace desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello; De otro lado, los casos *BBVA* (C-8/14, 2015) y *Banco Primus* (C-421/14, 2017), resueltos también por el TJUE, sobre la misma cuestión y con idéntica solución (declaran contrario al principio de efectividad el plazo de un mes para el incidente extraordinario de oposición, previsto en la Disposición transitoria cuarta, apartado 2, de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social), pero que presentan una diferencia notable, señala la autora: En *Banco Primus* la vivienda ya había sido adjudicada a la entidad bancaria pero aún no había sido puesta en posesión de la adjudicataria (acto que puede ser voluntario, o bien desarrollarse judicialmente tras el lanzamiento). A juicio de la autora (p. 347), el Tribunal Constitucional pudo haber tenido en cuenta también la sentencia TJUE *Banco Santander* (C-598/15, 2017), por su relación con el tema.

⁷¹ En la obra citada (2020), p. 372.

⁷² El juez de primera instancia se había negado a calificar la abusividad de la cláusula porque ya se había dictado decreto de adjudicación tras la subasta; La Audiencia Provincial se negó posteriormente por una razón distinta: Aunque no concurría el criterio dispuesto por la Sentencia TC de 28 de febrero de 2019 (STC 31/2019), porque no se había producido la entrega, se consideró que no procedía entrar a calificar la abusividad de la cláusula porque la conducta de la parte ejecutada había sido obstativa de la entrega (dando lugar a sendas suspensiones de lanzamiento al haberse negado voluntariamente a efectuar la entrega) y porque perdió en su día la oportunidad de solicitar la declaración de nulidad de la cláusula. El TC considerara que procede otorgar el amparo, ya que el órgano judicial debía haber actuado *motu proprio* para declarar en su momento la nulidad de la cláusula, y no lo hizo.

⁷³ En la que se reitera el necesario control judicial de las cláusulas abusivas antes del momento de conclusión del procedimiento (artículo 24 CE), y que este momento acontece cuando el tercero adquirente toma posesión del bien (como hacía la STC 30/2019, citada).

⁷⁴ En la obra citada (2020), p. 362.

⁷⁵ En la obra citada (2020), pp. 365-370.

⁷⁶ Al respecto, C. MARTÍNEZ ESCRIBANO (Seminario de Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid, 21 octubre 2022) opina que el procedimiento de ejecución hipotecaria, por ser un procedimiento de liquidación de intereses, no termina con el decreto de adjudicación -aunque este acto haga irrevocable el dominio del tercero- sino cuando se hayan liquidado los intereses, y por tanto hasta ese momento puede hacerse valer el carácter abusivo de la cláusula (con los consiguientes efectos entre las partes, en relación con la liquidación). Por otra parte, es discutible que el momento en que el tercero adquiere de forma irrevocable sea el de la toma de posesión, y no el del decreto de adjudicación ya que este último documento equivale a la escritura pública en cuanto al efecto traslativo y de hecho puede inscribirse en el Registro de la propiedad (artículos 1462. II CC y 6 LH). Por otra parte, como ha indicado J.M^a MARTÍN FABA (“De cómo una hipotética protección de la seguridad jurídica relega la obligación del juez de apreciar de oficio las cláusulas abusivas”, *CESCO*, 2018, febrero: 1-5), es preciso distinguir entre aquellas situaciones en que el tercero adjudicatario sea ajeno al proceso y aquellos casos en que el adjudicatario sea el mismo acreedor, pues en este último caso no sería riguroso admitir como límite a la valoración de la cláusula abusiva la necesaria protección de la seguridad jurídica del tercero. A mi juicio, cabe añadir que la razón por la que es preciso distinguir entre ambas situaciones radica en que en esta última no concurrirán todos los requisitos de protección del tercero adjudicatario (cuando éste es el acreedor causante de la cláusula abusiva) ya que faltaría la buena fe. No obstante, es posible que haya quienes planteen la posible buena fe del profesional (así lo presenta, en relación con las cláusulas suelo, F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, al subrayar el rigor de la doctrina del TJUE sobre “La incompatibilidad con la Directiva 93/13 de la limitación temporal de los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula contractual”, en la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, pp. 671-688).

Por último, el Tribunal Supremo ha querido adelantarse, al plantear ante el TJUE la compatibilidad entre una serie de principios procesales y el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, con ocasión de un litigio derivado de lo anterior (doctrina en materia de cláusulas suelo y retroactividad en el tiempo). La respuesta del TJUE al Tribunal Supremo, en la sentencia del pasado 17 de mayo de 2022⁷⁷, a la vez que reitera la compatibilidad con la norma citada del principio de cosa juzgada, y afirma que la protección al consumidor no es absoluta, matiza que “el hecho de que un consumidor no haya interpuesto recurso en el plazo oportuno puede imputarse a que, cuando el Tribunal de Justicia pronunció la sentencia de 21 de diciembre de 2016 (*Gutiérrez Naranjo y otros*, C154/15, C307/15 y C308/15, EU:C:2016:980), ya había transcurrido el plazo en el que se podía interponer recurso de apelación o impugnar la sentencia en virtud del Derecho nacional. En estas circunstancias, no cabe considerar que el consumidor haya mostrado una pasividad total”.

22. El hecho es que -en el caso que dio lugar a la sentencia TJUE de 17 de mayo de 2022- quien había recurrido en apelación fue la entidad bancaria y no el consumidor, y por tanto, la apreciación judicial del carácter abusivo de la cláusula chocaba frontalmente con la prohibición de la *reformatio in peius*, así como con otros principios procesales relacionados (los principios de justicia rogada y de congruencia, así como el principio *tantum appellatum quantum devolutum*). Por esta razón, el Tribunal Supremo debía formular la cuestión prejudicial ante el TJUE, a fin de obtener una respuesta sobre si el principio de efectividad imponía la protección al consumidor en presencia de cláusula abusiva, aún en tales circunstancias, o por el contrario debían ser aplicados los clásicos principios procesales del Derecho interno (artículo 267 TFUE).

El TJUE responde a la cuestión prejudicial del TS argumentando que el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE “se opone a la aplicación de principios procesales nacionales en cuya virtud un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva no puede examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición”. Por consiguiente, en lugar de aplicar los principios procesales citados (muy en particular, la prohibición de *reformatio in peius*), debe decretarse “la restitución íntegra de esas cantidades, cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de éste”. El Tribunal Supremo ya está aplicando esta doctrina⁷⁸.

En su análisis del caso, el procesalista Juan Damián Moreno ha presentado una perspectiva de cómo funciona el sistema, sin duda interesante no sólo para civilistas y procesalistas sino también para quienes se dedican al Derecho constitucional y europeo⁷⁹.

VIII. La necesidad de sistematizar el Derecho procesal europeo de consumo

23. En 2017, el Parlamento Europeo aprobó una Resolución (con la que impulsaba una Directiva, pendiente) sobre el procedimiento judicial civil⁸⁰. En la Resolución se cita el consumo como

⁷⁷ ECLI:EU:C:2022:397.

⁷⁸ Por ejemplo, la sentencia TS de 25 de octubre de 2022 (STS 702/2022).

⁷⁹ Me permito la licencia de transcribir en esta nota algunas de sus afirmaciones: “A los jueces les está vedado conformar o adaptar a su antojo un proceso a fin de garantizar el principio de efectividad”, y aunque quieran aplicar el citado principio, se diría que están “maniatados y sin margen de maniobra para hacerlo”; Siendo así, la única salida es “elevar la consulta al Tribunal de Justicia”. Por esta razón, el autor describe el principio de efectividad como “el derecho a la tutela judicial efectiva al cuadrado”. Y, como para reconciliar a la doctrina procesalista (o, al menos, a sí mismo) con la jurisprudencia del TJUE, añade esta reflexión: “IHERING, defensor de las ventajas de la existencia de las reglas procesales, no ignoraba tampoco que el proceso es tributario de la ley material que regula el fondo de asunto y que, por mucho que se resista, al final acaba claudicando y adaptándose a la nueva realidad que le impone el derecho sustantivo al que sirve” (J. DAMIÁN MORENO, El valor de las ficciones como garantía del principio de efectividad: consideraciones en torno a la situación creada por la sentencia del TJUE de 17 de mayo de 2022, *Diario La Ley*, 21 noviembre 2022).

⁸⁰ Resolución del Parlamento Europeo de 4 de julio de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea [2015/2084(INL)].

una rama específica del Derecho procesal, paralela a la propiedad intelectual y –más reciente- al Derecho de la competencia, pero esta rama no se desarrolla (ni se prevé que lo haga la Directiva). La Resolución aborda sólo aspectos generales del procedimiento civil. Con todo, en su núm. 21, la Resolución destaca la importancia de contar con sistemas de enjuiciamiento civil eficaces y afirma “que constituyen una condición previa para la inversión sostenible y un entorno favorable para las empresas y los consumidores”.

24. En respuesta a la citada Resolución, el *European Law Institute* ha lanzado una propuesta conjunta con UNIDROIT, titulada *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure (2020)*, en la que hay que prestar atención al apartado 6 del Preámbulo, titulado: “Integrating consumer cases into the Rules”. Aunque tampoco aquí encontramos un régimen separado que podamos denominar propuesta de Derecho procesal europeo de consumo, ni nada semejante, sí hallamos una referencia valiosa a la “procedural protection for consumers” como algo específico, para recordar que en esos casos se aplicarán las reglas imperativas en la materia y que el juez deberá aplicarlas de oficio conforme a la jurisprudencia del TJUE (nn. 31 y 33)⁸¹.

25. Para ayudar al juez en su misión, y a los operadores jurídicos en general, así como a efectos informativos para los consumidores, la Comisión Europea ha publicado la citada Guía de 2019⁸², que sistematiza la doctrina y jurisprudencia europeas en materia de interpretación y aplicación de la Directiva 93/13/CEE, con un apartado quinto dedicado en particular a los recursos y garantías procesales requeridos por los artículos 6.1 y 7.1 de la citada Directiva sobre cláusulas abusivas⁸³.

26. Lo visto hasta el momento justifica, a mi juicio, que la respuesta a la irrupción del Derecho de consumo en el ámbito procesal no haya de ser la armonización de los mecanismos nacionales de ejecución hipotecaria, sino la armonización del Derecho procesal europeo de consumo o –cuanto menos- una sistematización de los principios y normas procesales que pueda servir como referencia al legislador y –en todo caso- a los aplicadores del Derecho, así como su explicación doctrinal y su divulgación general⁸⁴, a fin de que sea conocida también por quienes excepcionalmente resultan protegidos en el proceso: los consumidores.

En la sentencia del caso *Aziz*, por ejemplo, se indicaba que la falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución hipotecaria, debía ser resuelta conforme a los principios de equivalencia y efectividad⁸⁵. Pero si la buscada armonización del Derecho procesal civil general en la UE está pensada sobre el paradigma tradicional de aplicación entre iguales, no será extensible a los casos en que

⁸¹ Para hacerse una idea del proyecto armonizador del Derecho procesal civil europeo, puede verse la obra de F. GASCÓN INCHAUSTI/B. HESS (eds.), *The future of the European Law of Civil Procedure. Cordination or Harmonisation?*, Intersentia, Cambridge, 2020 (290 pp.), recensionada por G. SCHUMMAN BARRAGÁN en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(2), 2020, pp. 1505-1508.

⁸² Comunicación de la Comisión, Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, 2019/C 323/04, DOUE 27.9.2019.

⁸³ También nuestra doctrina ha colaborado en la tarea: Por ejemplo, la obra de J.M^a FERNÁNDEZ SEIJO, *La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales* (Bosch, 2017), facilita a los operadores jurídicos pautas prácticas para interpretar la jurisprudencia y las normas publicadas en esta materia, habida cuenta de la confusión que se ha suscitado en torno a ella; También lo hacen las monografías de M. MARCOS GONZÁLEZ, *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas* (Civitas Thomson Reuters, 2011), y –más reciente- de V. PÉREZ DAUDÍ, *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario* (Atelier, 2018).

⁸⁴ Muestra de esta necesidad es el hecho, antes comentado, de que en España el CGPJ crease en 2017 un plan de especialización en cláusulas abusivas para cuarenta y cuatro órganos judiciales, que ha alcanzado al parecer resultados positivos por la agilización de los procedimientos y una cierta homogeneización de los criterios de aplicación de la Directiva 93/13 [Fuente: https://vlex.es/vid/cgpj-concluye-plan-especializacion-879588877?from_fbt=1&forw=go&fbt=preview Fecha última consulta: 06.12.2022].

⁸⁵ Sentencia TJUE de 14 de marzo de 2013, caso *Aziz* (punto 50). La sentencia remite, a su vez, a las sentencias TJUE de 26 de octubre de 2006 (*Mostaza Claro*, C168/05, apartado 24), y de 6 de octubre de 2009 (*Asturcom Telecomunicaciones*, C40/08, apartado 38).

existan consumidores, donde el principio del que se parte es precisamente el contrario: la desigualdad entre las partes⁸⁶. Esto es precisamente lo que nos lleva a plantear la necesidad de sistematización del Derecho procesal europeo de consumo.

27. Por último, en esta materia no hay que olvidar que la implementación de la Directiva 93/13 en cada país puede ser más o menos amplia, por lo que habrá diferencias, y -por tanto- una cosa es hablar del Derecho procesal europeo de consumo en sentido amplio (principios comunes a todos los países de la UE, como los que se recogen en la citada *Guía* de 2019), y otra cosa es hablar del Derecho procesal europeo de consumo en nuestro país, de las peculiaridades que ha introducido en el Derecho procesal español la Directiva 93/13, y de las mejoras susceptibles de realizarse a nivel normativo⁸⁷.

IX. Conclusiones y reflexiones finales

28. A la vuelta de treinta años de implementación en España de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, es posible afirmar que está siendo una tarea conjunta y progresiva del legislador y los jueces, que -si bien está muy avanzada- parece no haber terminado. Del análisis de este periodo pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- 1^a La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores sólo podía ser eficaz en España si la transposición iba acompañada de reformas procesales, más allá de la incorporación al Derecho español de su contenido material. Por esta razón, la Directiva 93/13 está en el origen de importantes cambios procesales en España a impulso de la jurisprudencia del TJUE cuando responde a la cuestión prejudicial planteada por nuestros jueces. Al implicar esta jurisprudencia también una excepción a principios clásicos del Derecho procesal, el resultado puede explicarse aludiendo a la generación de una rama específica -el “Derecho procesal europeo de consumo”- que se desgaja del Derecho procesal general (como el Derecho de consumo abandona también la “parte o teoría general” en materia de contratos). Esta ramificación es lógica dado que el punto de partida de una y otra rama del Derecho procesal es distinta, en función de si existe o no igualdad entre las partes.
- 2^a La jurisprudencia del TJUE, en el diálogo mantenido con los jueces nacionales a través de la cuestión prejudicial con ocasión de la Directiva 93/13/CEE, ha recordado -como ninguna otra- el rol de los jueces nacionales en la pirámide jurisdiccional europea. De hecho, un hito en el proceso de configuración del sistema judicial español en el contexto europeo han sido

⁸⁶ Junto a otros autores, antes citados, se pronuncian en este sentido: J.M^a FERNÁNDEZ SEIJO (“Los retos del Derecho de consumo”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, 27.05.2022) y E. MÉNDEZ PINEDO (*La protección de consumidores en la Unión Europea. Hacia un Derecho procesal comunitario de consumo*, Marcial Pons, 1998); Como experta en Derecho europeo, la profesora hispano-islandesa ya advertía a finales del siglo XX que “el problema no consiste en distribuir la competencia para adoptar normas sustantivas de protección al consumidor, sino en reformar los diversos sistemas procesales nacionales, los cuales han quedado obsoletos” ya que “la equidad contractual en la elaboración y en la ejecución de los contratos masificados no puede resolverse con los esquemas e instrumentos jurídicos tradicionales”. Y explicaba que, como consecuencia de la masificación de los contratos, emergen intereses calificados como *difusos* “o comunes a una generalidad de individuos-masa” (p. 237).

⁸⁷ En todo caso, es interesante analizar en paralelo el proceso de implementación de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los distintos Estados miembros de la UE, así como el grado de acatamiento de éstos a la jurisprudencia del TJUE. En general, España parece ser más dócil que otros países -como Italia o Alemania-, a la hora de seguir las indicaciones del TJUE. En relación con Italia y Alemania, en contraste con el sistema español, tomo como referencia los trabajos de Antonio LÓPEZ CASTILLO («La confluencia entre Tribunales constitucionales, TEDH y TJUE», *El vértice de los sistemas judiciales*, BOE/UAM, Madrid, 2018, pp. 133-172; y «*Europaei, audi, quid convenit statuitque domina verbum!* Una muestra aún reciente de la actual jurisprudencia *ius* europea del Tribunal Constitucional Federal de Alemania (TCFA)», *Revista Española de Derecho constitucional*, 111, pp. 341-378). En relación con Italia, además, el estudio de Antonio CIDONCHA MARTÍN; «Del control nacional de disposiciones internacionales y del control internacional de normas nacionales», *Seminario de profesores de la Facultad de Derecho UAM*, 29 de noviembre de 2018.

las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español al TJUE con ocasión de la citada Directiva^{88, 89}.

A la vez, el estudio de este periodo de implementación de la Directiva 93/13, suscita una reflexión final sobre el papel de la jurisprudencia del TJUE en el sistema nacional de fuentes⁹⁰. Es interesante observar que la jurisprudencia del TJUE parece actuar como auténtica fuente del Derecho de la Unión en materia de cláusulas abusivas: Si bien sus sentencias no son normas legales sino judiciales y, por tanto, aplicables al caso concreto, sucede que -por ser interpretación autorizada de la Directiva- deben aplicarse a otros casos en que concurren idénticas circunstancias, lo que en materia de cláusulas contractuales introducidas en contratación en masa puede ser habitual. Y esto, naturalmente, repercutirá en el diseño de nuevos mecanismos de tutela de los consumidores.

⁸⁸ A. GONZÁLEZ ALONSO/S. OUBIÑA BARBOLLA, “Prólogo de las directoras”, *El vértice de los sistemas judiciales*, UAM/BOE, Madrid, 2018, pp. 65-67, p. 66. Posteriores son, por ejemplo, las cuestiones prejudiciales planteadas en junio de 2021 por el Tribunal Supremo al TJUE sobre el plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios, en relación con la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas (artículos 6 y 7.1); o en septiembre de 2021 sobre la compatibilidad con la citada Directiva de su doctrina sobre transparencia y abusividad de las comisiones de apertura en operaciones de crédito hipotecario con consumidores.

⁸⁹ Se ha defendido que el Tribunal de Justicia, “por las funciones que cumple y por las peculiaridades que presenta, es una creación verdaderamente original, perfectamente diferenciada de cualquier otro Tribunal internacional coexistente o que le haya precedido” (J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el proceso de integración”, en *El Sistema Jurisdiccional de la Unión Europea*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 19-37, p. 24). A juicio del autor, “el Tribunal de Justicia ha desempeñado (...) la función propia (...) de un Tribunal constitucional” (p. 25). En el *Prólogo* a la obra citada, J. MONTERO AROCA hace referencia a la evolución del concepto de jurisdicción desde el siglo XIX al XXI, advirtiendo cómo hoy se explica la existencia de los Tribunales internacionales por “una especie de cesión parcial de la soberanía” (soberanía de la que emana la jurisdicción y es presupuesto del proceso) de los Estados (en España, vía artículo 93 CE) (pp. 15-17). M. JIMENO BULNES (“La cuestión prejudicial”, en *El Sistema Jurisdiccional de la Unión Europea*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 173-210, p. 175) interpreta que la cuestión prejudicial ha erigido al Tribunal de Justicia en “motor” del proceso de construcción europea; A su juicio, resulta “evidente el papel fundamental que desarrolla el Tribunal de Justicia como institución de la Unión Europea, papel que, especialmente, ejerce el Tribunal de Justicia en el marco de la cuestión prejudicial a modo de legislador europeo y con carácter de tribunal constitucional” (pp. 207-208).

⁹⁰ En este sentido, R. PAZOS CASTRO, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 685) opina con acierto que junto a la función interpretadora que le es propia, el TJUE está ejerciendo “una función regulatoria que viene a solventar las dificultades del legislador de la Unión para desarrollar las normas de protección de los consumidores”. En sentido semejante, se ha hablado de la transformación de los pilares del Derecho privado a través de la jurisprudencia del TJUE (H. MICKLITZ, “The Constitutional Transformation of Private Law Pillars”. *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, Cambridge University Press, Intersentia, 2018, pp. 49-91).

Settlement of inheritance relations in bilateral international agreements of Ukraine with foreign states on legal assistance in civil cases

Arreglo de relaciones de herencia en acuerdos internacionales bilaterales de Ucrania con estados extranjeros sobre asistencia legal en casos civiles

OLEKSANDRA O. KARMAZA

*Department of Jurisdiction Forms of Legal Protection of Subjects of Private Law
Academician F.H. Burchak Scientific Research Institute of Private Law and Entrepreneurship
of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine**

OKSANA O. HRABOVSKA

*Department of Civil Procedure
Institute of Law
Taras Shevchenko National University of Kyiv*

OLENA S. ZAKHAROVA

*Department of Civil Procedure
Institute of Law
Taras Shevchenko National University of Kyiv*

Recibido:18.11.2022 / Aceptado:25.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7549

Abstract: The main features of inheritance relations with a foreign element are given. The main issues to be resolved in inheritance relations with the help of international agreements concluded by Ukraine with foreign states on legal assistance in civil cases were identified. It has been established that the norms of two dozen bilateral international agreements on legal assistance and about three dozen consular conventions that Ukraine has concluded with many states are devoted to the issue of international inheritance. Some of the conventions operate in the order of succession of Ukraine after the collapse of the USSR. Comparative analysis of the content of the texts of bilateral international agreements of Ukraine with foreign states on legal assistance in civil matters allowed classifying them by methods of regulation of inheritance relations into three groups: ones that do not contain separate articles (articles) on the regulation of inheritance relations; agreements on legal relations and legal assistance in civil matters between Ukraine and foreign countries, which contain provisions on inheritance relations, which in turn are divided into two groups depending on the structure and content of the articles: inheritance cases and the right to inheritance. The analysis gives grounds to claim the lack of a unified approach to the conclusion of contracts in the third group. This cannot be explained by the will of the parties, because

*o.karmaza@yahoo.com

the content of this group of agreements has a high level of identity. The agreement between Ukraine and the Republic of Cyprus on legal assistance in civil matters, which has a separate section IV on inheritance, has an exceptional content in the regulation of inheritance relations, but in comparison with other two groups of agreements with foreign countries contains very brief information. From the analyzed bilateral international agreements it was concluded that most aspects of inheritance relations are regulated by the personal law of a testator or the right of location of a property. There is a gradual overcoming of the problem of splitting the inheritance status, regardless of the location of the inheritance, the spread of the possibility of choosing the applicable law to the estate.

Keywords: Foreign element, legal aid, civil cases, inheritance law.

Resumen: Se dan las principales características de las relaciones de herencia con un elemento extranjero. Se identificaron los principales problemas que deben resolverse en las relaciones de herencia con la ayuda de los acuerdos internacionales concluidos por Ucrania con estados extranjeros sobre asistencia legal en casos civiles. Se ha establecido que las normas de dos docenas de acuerdos internacionales bilaterales sobre asistencia legal y unas tres docenas de convenciones consulares que Ucrania ha concluido con muchos estados están dedicadas al tema de la herencia internacional. Algunas de las convenciones operan en el orden de sucesión de Ucrania después del colapso de la URSS. El análisis comparativo del contenido de los textos de los acuerdos internacionales bilaterales de Ucrania con estados extranjeros sobre asistencia legal en asuntos civiles permitió clasificarlos por métodos de regulación de las relaciones de herencia en tres grupos: aquellos que no contienen artículos separados (artículos) sobre la regulación de las relaciones de herencia; acuerdos sobre relaciones jurídicas y asistencia jurídica en asuntos civiles entre Ucrania y países extranjeros, que contienen disposiciones sobre las relaciones de herencia, que a su vez se dividen en dos grupos según la estructura y el contenido de los artículos: casos de herencia y derecho a la herencia. El análisis da motivos para alegar la falta de un enfoque unificado para la celebración de contratos en el tercer grupo. Esto no puede explicarse por la voluntad de las partes, porque el contenido de este grupo de acuerdos tiene un alto nivel de identidad. El acuerdo entre Ucrania y la República de Chipre sobre asistencia jurídica en materia civil, que tiene una sección IV separada sobre sucesiones, tiene un contenido excepcional en la regulación de las relaciones sucesorias, pero en comparación con otros dos grupos de acuerdos con países extranjeros contiene muy Breve información. De los convenios internacionales bilaterales analizados se concluyó que la mayoría de los aspectos de las relaciones sucesorias están regulados por la ley personal de un testador o el derecho de ubicación de un inmueble. Hay una paulatina superación del problema de la división del estado de la herencia, independientemente del lugar de la herencia, la extensión de la posibilidad de elegir la ley aplicable a la herencia.

Palabras clave: Extranjería, justicia gratuita, causas civiles, derecho sucesorio.

Sumario: I. Introduction. II. Materials and Methods. III. Results and discussion. IV. Conclusions.

I. Introduction

1. The long existence of the institution of inheritance can be explained by the fact that it is of particular importance both for individual and for society and the state as a whole¹. The collapse of the USSR led to an increase in the number of inheritance cases with a foreign element in the CIS, as the citizens of these countries had extensive family ties. In recent years, due to the blurring of borders in the context of increasing globalization, the number of appeals of Ukrainian and foreign citizens living in Ukraine on inheritance issues has increased significantly. Inheritance relations, even at the national

¹ K. ÅTLAND, „Destined for deadlock? Russia, Ukraine, and the unfulfilled Minsk agreements”, *Post-Soviet Affairs*, 2020 vol.36, n.2, pp. 122-139.

level, have always been an area where there have been a significant number of legal problems and conflicts^{2,3,4,5}. The presence of a foreign element in hereditary relations complicates their regulation, as they go beyond the regulation of one state and the rules of national law. The inheritance law of foreign countries differs from the Ukrainian one in the ways and terms of acceptance of the inheritance and refusal from it, in determining the order and circle of heirs, the procedure for determining and inheriting movable and immovable property, the form and conditions of the will, etc. In addition, the presence of a foreign element in the inheritance relationship raises the problem of determining the national or foreign competent jurisdiction (notary, court) and the law to be applied in a particular situation^{6,7}.

2. The recent increase in the number of cross-border private law disputes necessitates the optimisation of the national legal framework for the regulation of inheritance relations complicated by a foreign element⁸. These aspects determine the relevance of the research topic. Today, some issues related to the regulation of the institution of inheritance with a foreign element are studied mainly in the framework of private international law. After the adoption of the new Civil Code, dissertation research appeared, devoted mainly to the study of certain aspects of inheritance under domestic law or a comparative analysis of its rules with foreign law^{9,10}.

3. Among foreign researchers, it is worth noting the work of I.G. Medvedev¹¹, A.O. Mashovets, E.A. Belyanska, A.T. Movsisyan¹², as well as M.S. Abramnikov, N.A. Barinova, O.E. Blinkov, A.O. Inshakova, E.A. Kirilova and others. Among domestic scientists who paid attention to this issue in their research can be noted O.O. Karmaza¹³, B. S. Mykolayovych¹⁴, S. Ya. Fursu¹⁵, A.V. Kostruba¹⁶ and others. Sources for the study were also international legal acts: Conventions and bilateral treaties concluded by Ukraine. Directly the works devoted to regulation of hereditary relations in bilateral international agreements are practically absent. Some scholars pay attention to this issue as part of private international law, normal or family. Underdevelopment of certain issues in this area of legal relations determined the choice of goals and objectives of the study.

² B. KORMYCH / T. AVEROCHKINA / V. GAVERSKYI, „The public administration of territorial seas: Ukrainian case”, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, 2020, vol.20, n.3, pp. 577-595.

³ T. DOLLE / L. MEDINA, „The EU’s request for arbitration under the EU-Ukraine association agreement”, *Global Trade and Customs Journal*, 2020, vol.15, n.2, pp. 104-110.

⁴ K. WOLCZUK, „State building and European integration in Ukraine. Eurasian Geography and Economics”, 2019, vol.60, n.6, pp. 736-754.

⁵ R. PETROV, „The impact of the EU-Ukraine association agreement on constitutional reform and judicial activism in Ukraine”, *Review of Central and East European Law*, 2018, vol.43, n.2, pp. 99-115.

⁶ M. LENDEL, „International standards and citizens assessment of public administration and local government reform in Ukraine after 2014”, *Public Policy and Administration*, 2019, 18(2), 314-326.

⁷ C. WITTKKE, „The Minsk Agreements—more than “scraps of paper”?” *East European Politics*, 2019, vol.35, n.3, pp. 264-290.

⁸ R. KRIL, „The EU transit procedures and regional integration: The case of Ukraine”, *Lex Portus*, 2020, vol.1, n.21, pp. 51-68.

⁹ V. LAZHNİK / S. PUHACH / A. MAISTER, „Regional differentiation of commodity trade of Ukraine with Poland”, *Geographia Polonica*, 2020, vol.93, n.3, pp. 421-442.

¹⁰ A. KOSTRUBA, „Right deprivation in the legal regulation mechanism of civil property relations: Comparative analysis of international legislation”. *Asia Life Sciences*, 2020, vol.22, no.2, pp. 143-156.

¹¹ I. MEDVEDEV / A. MASHOVETS / E. BELYANSKAYA, „*International private law, criminal law and process in notarial activities*”, Moscow: Statut, 2015.

¹² A. MOVSISYAN, „*Legal regulation of hereditary relations complicated by a foreign element in Russia and Armenia: thesis of the candidate of legal sciences*”, Moscow: RUDN University, 2015.

¹³ O. KARMAZA, „*Inheritance in modern private international law: thesis of the dissertation of the candidate of legal sciences*”, Kyiv: Taras Shevchenko National University of Kyiv, 2006.

¹⁴ B. MYKOLAYOVYCH / L. VOLODYMYROVYCH / M. VASYLIVNA, „Marriage: Religious and legal aspects”, *Cogito*, 2020, vol.12, no.2, pp. 77-85.

¹⁵ S. FURSA / E. FURSA / O. KLIMENKO / S. RYABOVSKAYA / L. KARMAZA (Eds.), „*Inheritance law: Notary. Advocacy. Court. Scientific and practical manual*”, Kyiv: Publisher Fursa S.Ya.: KNT, 2007.

¹⁶ A. KOSTRUBA / V. VASYLYEVA, „International regulation of termination of rights in the field of civil and intersubjective state relations”, *Astra Salvensis*, 2020, vol.1, pp. 131-153.

II. Materials and methods

4. Analytical and legal methods of analysis served as the methodological basis of the research. General scientific and special methods were used. The main provisions of the legal framework at the international, national level and in the CIS region were studied. The applied methodology allowed revealing the main problems on the way of optimisation of application of inheritance norms, implementation to the national system of the law of effective achievements of foreign countries concerning the decision of disputes concerning inheritance. The methods used allowed obtaining reliable and substantiated conclusions and results. As one of the main methods of analysis the comparative analysis was used, which made it possible to compare domestic practice and legislation on the settlement of inheritance relations and their features in the presence of a foreign element with the legal framework and practice of regulating the object of study in the CIS and internationally.

5. At the theoretical level of analysis, the main provisions of international treaties on the regulation of inheritance relations were studied at the international, foreign and national levels. The descriptive method allowed to present the results of the study in a logical sequence. Methods of synthesis, analogy, system, classification and analytical method were also used during the research. The normative method was used to analyse the content of international agreements on legal assistance in civil cases on the settlement of inheritance relations. The application of the analytical method allowed concluding about the existence of three legislative systems for the settlement of inheritance relations in bilateral international agreements of Ukraine with foreign states, operating in the national legislative system.

6. The method of synthesis allowed solving the research problems through its application to primary sources on this issue. The method of induction and deduction were used to analyse the content and structure of legislative texts, the characteristics of legal norms in the context of the research topic. In the process of analysis, the historical method was used, which allowed studying the process of formation of the regulatory framework for the settlement of inheritance relations in rule-making and legal doctrine. The genetic method allowed identifying stages in the evolution of the base of international agreements of Ukraine with foreign states on legal assistance in civil matters, establishing their sequence in time and tracing how and under the influence of which factors the rules governing inheritance changed. Thanks to the structural and functional analysis, it was possible to consider the features of the structural organisation of international agreements of Ukraine with foreign countries on legal assistance in civil matters, as well as to systematise information on their application both in Ukraine and abroad and internationally.

III. Results and discussion

7. Inheritance relations with a foreign element are characterised by the following features: one of the subjects is foreign; an object is located outside the national territory; abroad there was a legal fact that led to the emergence, change or termination of inheritance. In practice, inheritance relations with a foreign element can be simple (one foreign element), double (real estate of a non-resident in Ukraine is inherited by a Ukrainian citizen) and complex – there are several foreign elements (real estate of a non-resident in Ukraine is inherited by citizens of several states based on a will made in a third country).

8. Ukraine's international agreements with foreign states on legal assistance in civil matters make it possible to clarify the possibilities and procedure for issuing a certificate of inheritance of a non-resident testator whose property is located in Ukraine and claimed by a particular heir, as well as to resolve this issue for a domestic heir, who has the right to inherit abroad. In this process, the main issues to be addressed are the following: obtaining a properly executed death certificate (apostille, legalization); identification of the testator's identity with the identity of the property owner in Ukraine

(or a testator who has property abroad and an heir from Ukraine) taking into account the differences in the spelling of the full name in foreign and Ukrainian documents; checking the existence of a will and its possible changes or differences; presence of the inheritance case at the notary or in the court of a country where a testator lived and died; the range of available heirs, including those entitled to the obligatory part, etc.

9. In the domestic legal field, inheritance relations with a foreign element after September 1, 2005 are regulated according to the Law¹⁷, in which to this issue Section X “Conflict rules on inheritance” is devoted. The fundamental difference between the conflict regulation under this Law compared to the previous rules (Civil Code of Ukraine of 1963) is that a testator now has the opportunity to choose the law that will be used to settle his inheritance (with some exceptions – change of citizenship after will) by indicating this in his will. There are peculiarities regarding the order of inheritance of property entered in the state register of Ukraine. The ability of a person to make and cancel a will, as well as the form of a will and an act of its cancellation are also determined. Among other things, this Law determines the law of which country should be applied in a typical situation when a testator or heirs have different citizenship and lived in different states, when the inheritance property or its part is under the jurisdiction of a country other than the last place of testator’s residence.

10. The norms of two dozen bilateral international agreements on legal assistance and about three dozen consular conventions that Ukraine has concluded with many states are devoted to issues of international succession. Some of the conventions operate in the order of succession of Ukraine after the collapse of the USSR. In addition, Ukraine has signed two multilateral conventions on legal assistance and legal relations in civil, family and criminal matters¹⁸: in 1993 in Minsk and in 2002 in Chisinau, of which 12 countries are members – the former Soviet republics. However, the Chisinau Convention has not been ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine, and the Minsk Convention has been ratified with conditions¹⁹. Thus, only the 1993 Minsk Convention and its 1997 Protocol apply to Ukraine. The 1993 Convention on Legal Assistance entered into force for the following states: Belarus, Uzbekistan and Kazakhstan – May 19, 1994; Russia – December 10, 1994; Tajikistan – December 20, 1994; Armenia – December 21, 1994; Ukraine – April 14, 1995, ratified with conditions that do not apply to inheritance relations: Kyrgyzstan – February 17, 1996; Moldova – March 26, 1996, signed with the proviso: “According to Article 86”; Azerbaijan, Georgia – July 11, 1996; Turkmenistan – February 19, 1998.

11. The comparative analysis of the content of texts of bilateral international agreements of Ukraine with foreign states on legal assistance in civil matters allowed classifying them by methods of regulation of inheritance relations into three groups: ones that do not contain separate articles (article) on the regulation of inheritance relations; agreements on legal relations and legal assistance in civil matters between Ukraine and foreign countries, which contain provisions on inheritance relations, which in turn are divided into two groups depending on the structure and content of articles: inheritance cases and the right to inheritance. Thus, the first group includes agreements on legal relations and legal assistance in civil matters between Ukraine and countries such as the People’s Republic of China²⁰, Mongolia²¹, the

¹⁷ Law of Ukraine No. 2709 “*On Private International Law*”, 2005, June. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text>.

¹⁸ Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters, 1993. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_009#Text.

¹⁹ Law of Ukraine N 240/94-VR “*On Ratification of the Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters*”, 1994, November. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/240/94-%D0%B2%D1%80#Text>.

²⁰ Resolution of the Verkhovna Rada N 2996-XII “*On Ratification of the Agreement between Ukraine and the People’s Republic of China on Legal Assistance in Civil and Criminal Matters*”, 1993, February. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2996-12#Text>.

²¹ Law of Ukraine N 471/96-VR “*On Ratification of the Agreement between Ukraine and Mongolia on Legal Assistance in Civil and Criminal Matters*”, 1996, November. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/471/96-%D0%B2%D1%80#Text>.

Table 1. Agreements on legal relations and legal assistance in civil matters between Ukraine and foreign countries, which do not contain provisions on inheritance relations.

Country	Date of signing	Ratification date	Effective date
China	31.10.1992	05.02.1993	19.01.1994
Mongolia	27.06.1995	01.11.1996	01.08.2002
Syria	09.10.2008	18.11.2009	30.01.2011
Jamahiriyah	08.04.2008	10.06.2009	01.01.2010
Iran	11.05.2004	07.09.2005	31.08.2007
Greece	02.07.2002	22.11.2002	23.04.2001
Bulgaria	21.05.2004	22.09.2005	22.09.2005
Hungary	02.08.2001	10.01.2002	08.03.2002
UAE	26.11.2012	19.06.2013	20.02.2014
India	10.12.2012	5.11.2013	19.08.2017

Syrian Arab Republic²², the Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya²³, the Islamic Republic of Iran²⁴, the Hellenic Republic²⁵, Bulgaria²⁶, and the Republic of Hungary²⁷ (Table 1).

12. It is not possible to identify the visible reasons for the lack of norms for the settlement of inheritance relations. After all, the countries in this list belong to different groups, both to the former socialist camp and to the so-called capitalist system, with different forms of government and legal systems. If to compare by the criterion of time interval, these agreements are also concluded at different times, mainly in the first half of the 2000s. An exception is the agreement with the People's Republic of China, which was signed in 1992 and entered into force in 1994. Currently, bilateral agreements have been concluded with other countries, in which the issue of settlement of inheritance relations is a separate section or several articles. That is, there is no reason to claim that the time factor had an impact. Its lack of influence can also be traced to the example of the agreement with Mongolia, which was signed in 1995 and entered into force only in 2002. As for agreements with other countries, they have been ratified and entered into force within one or two years.

13. The latest agreements in this group are ones signed with the UAE and India. Regarding them, the latest trend is significant changes in the name and content. So instead of combining regulatory issues with the field of criminal law is their consolidation in the contract with commercial law. A common feature of this group is the absence of the countries of the former USSR, it includes only Bulgaria and Hungary from the socialist camp. Perhaps this is the reason for the lack of inheritance rules, because after the collapse of the Soviet Union, this issue was not relevant for Ukraine, because the citizens of a country had no opportunity to go abroad and buy property there, had virtually no family ties in these countries. The second group of contracts is less numerous – twice less than the first and third (Table 2). It includes the countries of the former USSR and the socialist camp.

²² Law of Ukraine N 1730-VI "On Ratification of the Agreement between Ukraine and the Syrian Arab Republic on Legal Relations and Mutual Legal Assistance in Civil and Criminal Matters", 2009, November. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1730-VI#Text>.

²³ Law of Ukraine N 1491-VI "On Ratification of the Agreement between Ukraine and the Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya on Legal Assistance in Civil and Criminal Matters", 2009, June. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1491-VI#Text>.

²⁴ Law of Ukraine N 1491-VI "On Ratification of the Agreement between Ukraine and the Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya on Legal Assistance in Civil and Criminal Matters", 2009, June. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1491-VI#Text>.

²⁵ Law of Ukraine N 244-IV "On Ratification of the Agreement between Ukraine and the Hellenic Republic on Legal Assistance in Civil Matters", 2002, November. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/244-15#Text>.

²⁶ Law of Ukraine No. 2911-IV "On Ratification of the Agreement between Ukraine and the Republic of Bulgaria on Legal Assistance in Civil Cases", 2005, September. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2911-IV#Text>.

²⁷ Law of Ukraine N 2926-III "On Ratification of the Agreement between Ukraine and the Republic of Hungary on Legal Assistance in Civil Matters", 2002, January. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2926-14#Text>.

Table 2. Agreements on legal relations and legal assistance in civil matters between Ukraine and foreign countries, which contain provisions on inheritance relations (inheritance cases).

Country	Date of signing	Ratification date	Effective date	Content
Poland	24.05.1993	04.02.1994	14.08.1994	identical
Moldavia	13.12.1993	10.11.1994	24.02.1995	identical
Latvia	23.05.1995	22.11.1995	12.07.1996	additional article
Uzbekistan	19.02.1998	05.11.1998	19.06.1999	two additional articles
Czech Republic	28.05.2001	10.01.2002	18.11.2002	additional articles

14. All agreements were concluded during the 1990s, with the exception of an agreement with the Czech Republic, which was concluded in the early 2000s. According to the chronology of the conclusion of agreements, it can be observed that their content is constantly updated over the years by adding new articles and expanding the rules contained in previously concluded agreements. The content of Ukraine's agreements with Poland and Moldova is completely identical. As for the agreements with Latvia, an additional article on inheritance protection measures has already been included. The agreements with Uzbekistan and the Czech Republic also contain additional provisions on inheritance protection in two articles. And the agreement with the Czech Republic also carefully defines the content of the competence of the judiciary and the procedure for the issuance of inheritance. Agreements on legal relations and legal assistance in civil matters between Ukraine and foreign countries, which contain provisions on inheritance relations, of the third group are aimed more at regulating the rules of inheritance (Table 3).

Table 3. Agreements on legal relations and legal assistance in civil matters between Ukraine and foreign countries, which contain provisions on inheritance (right of inheritance).

Country	Date of signing	Ratification date	Effective date	Content
Lithuania	07.07.1993	17.12.1993	20.11.1994	identical, division by articles
Estonia	15.02.1995	22.11.1995	17.05.1996	identical
Georgia	09.01.1995	22.11.1995	05.11.1996	identical
Vietnam	06.04.2000	02.11.2000	18.02.2000	identical
Macedonia	10.04.2000	22.03.2001	20.06.2003	identical, division by article
Turkey	23.11.2000	05.07.2001	02.05.2004	two articles are absent
Korea	13.10.2003	04.06.2004	17.12.2004	identical
Romania	30.01.2002	07.09.2005	30.10.2006	identical

15. Agreements with Estonia, Georgia, Vietnam, Romania and Korea are absolutely identical in terms of the regulation of inheritance relations. The treaty with the Republic of Lithuania has an identical text in content, but in contrast to the previous treaties, the structure of two articles (34 and 39) is divided in half by thematic content²⁸. A similar situation occurs in the agreement with Macedonia – here the regulations are presented in a more branched article. Thus, agreements with all countries have the same content, in some countries differ slightly in the number and content of articles. This is one of the distinguishing features compared to the second group of contracts. An exception among all treaties is the one concluded with Turkey, which is much truncated in content: the article on inheritance protection measures has only one item instead of five, there is no article on the issuance of inheritance.

²⁸ Law of Ukraine N 3737-XII “On Ratification of the Agreement between the Government of Ukraine and the Government of the Republic of Lithuania on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters”, 1993, December. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3737-12#Text>.

16. Thus, in chronological order, after the adoption of this agreement with Lithuania, there was the unification of the thematic text in the article, with their consolidation, which is reflected in the next three years of agreements. However, then the agreement with Macedonia returns to the use of branching provisions, and with Turkey – even to their reduction. While the following concluded bilateral international agreements again have the same combined content of the articles. That is, there is the reason to claim the lack of a unified approach to the conclusion of this type of contract. The explanation for this cannot be the will of the parties, because the content of this particular group of agreements, is very identical.

17. The agreement between Ukraine and the Republic of Cyprus on legal assistance in civil matters has an exceptional meaning regarding the regulation of inheritance relations²⁹. Although the agreement between the countries has a separate section IV, devoted to special provisions in civil matters, which regulates the issues of inheritance. However, compared to the other two groups of agreements with foreign countries, this agreement contains very brief information (only two articles and a third, which defines general issues of jurisdiction, including in matters of inheritance). In particular, it is established that the law of a country that was the last permanent residence of a testator (Article 18 Part 1) applies to inheritance relations, and the law of a country where it is located applies to the inheritance of real estate (Article 18 Part 2).

18. Citizens of Ukraine and Cyprus are endowed with equal rights in connection with the discovery of inheritance and the receipt of property (Article 18 Part 3). However, there may be restrictions imposed by the national laws of the parties on foreigners. As for jurisdiction, the court is considered to have it in hereditary relations in three cases (Article 17): location of immovable property in the territory of the court; permanent residence of the deceased in the territory of the court; the presence of the bulk of the property in the territory of the court at the time of death. Determining the form of a will (as well as the process of its change and cancellation) is regulated in two ways: by the law of the testator's country; by the law of the country where the will was made.

19. Through the exchange of notes, the succession of Ukraine under the following bilateral international agreements of the former USSR, which regulate inheritance relations, has been formalised:

- Agreement between the Union of Soviet Socialist Republics and the Republic of Finland on legal protection and legal assistance in civil, family and criminal matters³⁰;
- Agreement between the Union of Soviet Socialist Republics and the People's Democratic Republic of Algeria on mutual legal assistance³¹.

20. In the first agreement, the content of only two articles pays attention to the issue of research – on the national inheritance regime and the form of a will. The second agreement does not contain rules on the regulation of inheritance. An analysis of bilateral international agreements concluded by Ukraine with foreign states on legal assistance in civil matters shows that most aspects of inheritance relations are regulated by the personal law of a testator (*lex domicilii*, *lex patriae*) or the right of location (place of registration) of property. At the same time, in the international environment, there is a gradual overcoming of the problem of splitting the inheritance status, regardless of the location of the estate and the spread of the possibility of choosing the applicable law to the estate.

²⁹ Agreement between Ukraine and the Republic of Cyprus on legal assistance in civil matters, 2004. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/196_008#Text.

³⁰ Agreement between the Union of Soviet Socialist Republics and the Republic of Finland on legal protection and legal assistance in civil, family and criminal matters, 1978. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/246_008#Text.

³¹ *Ibid.*

IV. Conclusions

21. As follows from the analysed bilateral international agreements, most aspects of inheritance (only some form of will is an exception) are governed by the personal law of a testator (*lex domicilii*, *lex patriae*) or the right of location (place of registration) of property. However, in order to develop optimal conflict regulation of inheritance relations, it is necessary to take into account the latest trends in this area, which can be traced in the norms of national and international acts. Of the current trends at the international level, it should be noted the gradual overcoming of the problem of splitting the hereditary status regardless of location of the inheritance estate (splitting of the inheritance statute – the application of different conflict criteria for movable property (subordination to the *lex domicilii*, *lex patriae*) and for real estate (the law of the country of location).

22. In particular, this trend is reflected in the law of the European Union – Regulation of the European Parliament and the Council of the European Union No. 650/2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions, as well as the adoption and enforcement of authentic instruments of succession and the creation of a European certificate of inheritance and the Convention on the law applicable to the inheritance of deceased property. However, in the CIS countries, except Azerbaijan, with which Ukraine has common legal traditions and inherited legal system, special formulas of attachment are applied to the real estate: the law of the location of real estate and the law of the state of its place of registration. In particular, such provisions apply in Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Russia, Uzbekistan, and similar rules apply in Ukraine. The legislation of Azerbaijan stipulates the division of the inheritance statute regardless of the location of the hereditary estate.

23. The division of the inheritance takes place in the legislation of Moldova: for the movable – the national law of a testator, which was in force at the time of his death, and real estate – the law of location, regardless of the place of registration of property. The possibility of choosing the applicable law to the hereditary estate has become widespread. Thus, the legislation of the CIS countries (exception – the Civil Code of the Russian Federation) allows the use of limited autonomy of the parties: in the will, a testator may choose the law of a country of which he is a citizen, or the law of his last place of residence. In particular, such norms are contained in the legislation of the following countries: Azerbaijan, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Russia, Tajikistan, Uzbekistan, Estonia. A certain specificity is inherent in the norms of the civil legislation of Moldova, which enshrines the autonomy of the will of the parties, limited only to the mandatory provisions of their national law. The legislation of Ukraine also contains these norms with a clarification of the invalidity of the choice of law by a testator in the event of a change of citizenship after a will.

Lecciones del Covid-19. El incumplimiento previsible como una alternativa viable frente a la fuerza mayor y hardship del Art. 79 CISG*

Lessons from covid-19. Anticipatory breach as a feasible alternative to force majeure and hardship under Art. 79 CISG

JULIÁN LOZANO HERNÁNDEZ

Abogado y Director Asesoría Jurídica del Grupo Arteche

Recibido: 06.12.2022 / Aceptado: 24.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7550

Resumen: El artículo 79 de la Convención de Naciones sobre los Contratos de Compraventa Internacionales de Mercaderías impone requisitos muy estrictos para su aplicación como causa de exoneración de responsabilidad. Como alternativa al mismo y en consonancia con las modernas teorías contractuales relacionales, este artículo propone, en situaciones donde se dan circunstancias que impiden un normal desarrollo del contrato, utilizar el mecanismo del incumplimiento previsible recogido en los artículos 71 a 73 de la Convención, en especial para aquellos contratos de cierta complejidad y de media y larga duración como puedan ser los de suministro.

Palabras clave: Convención Naciones Unidas, compraventa internacional, artículo 71, artículo 79, teorías contractuales relacionales.

Abstract: Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods imposes very strict requirements for its application as a ground for exemption from liability. As an alternative to it and in line with modern relational contracts theories, this article proposes, in situations where there are circumstances that prevent a normal development of the contract, the use of the anticipatory breach mechanism contained in Articles 71 to 73 of the Convention, especially for contracts of a certain complexity and of medium and long term, such as supply contracts.

Keywords: CISG, international sale of goods, article 71, article 79, relational contracts theory.

Sumario: I. Introducción. II. Exención de responsabilidad: Fuerza Mayor y Hardship en el art. 79 CISG. 1. Conceptos de Fuerza Mayor y Hardship. 2. Aplicación en CISG de la Fuerza Mayor y Hardship: art. 79. 3. Aplicación del art. 79 CISG a las situaciones generadas por el COVID. III. El incumplimiento previsible como alternativa al art. 79 CISG. 1. El incumplimiento previsible en CISG. 2. Especial relevancia del derecho a suspender el cumplimiento en el art. 71 CISG. IV. Los nuevos modelos de contratación: teorías relacionales e incumplimiento previsible. 1. Las teorías relacionales y su uso en los nuevos modelos de contratación. 2.- Las teorías relacionales y el incumplimiento previsible. V. Conclusión.

* Esta publicación es resultado de una estancia de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard en el marco de la obtención de la mención internacional en la tesis doctoral del autor.

I. Introducción

1. El COVID-19¹ ha sido el causante de una situación sanitaria como el mundo no había vivido desde la mal llamada gripe española de 1918-1919². La brusca y repentina aparición del virus en China y su rápida propagación mundial debida a la gran interconexión de las redes de transporte actuales, ha provocado un auténtico desastre humanitario y una crisis económica sin precedentes a escala global que sólo ha podido ser atajada mediante la toma de medidas sanitarias y económicas excepcionales. En los gráficos

Gráfico 1. Exceso de mortalidad.

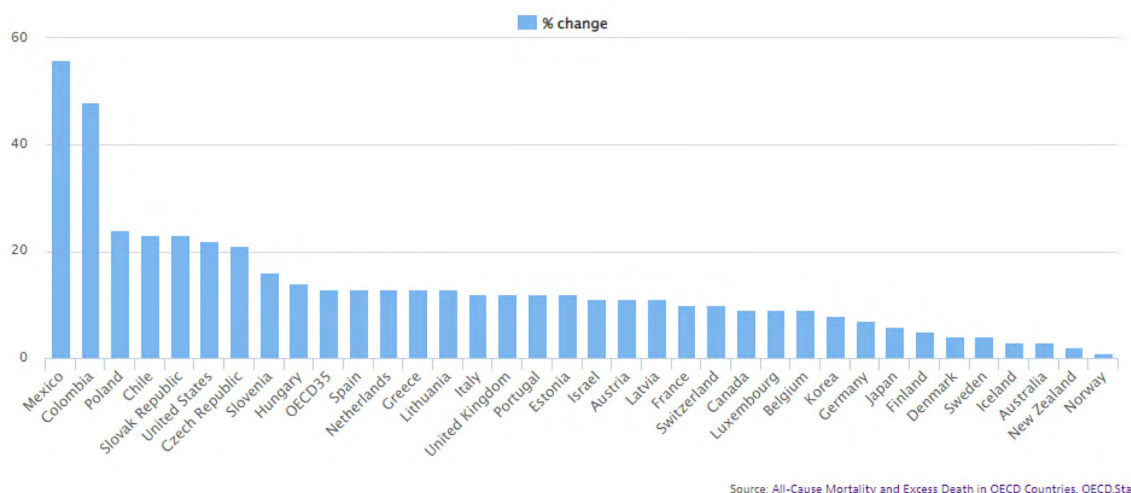
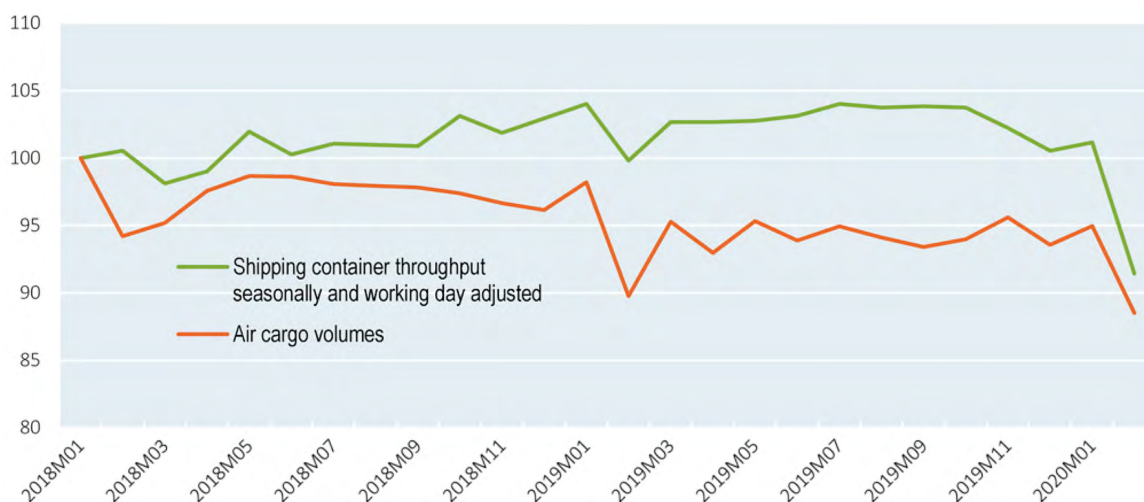


Gráfico 2. Volúmenes mundiales de transporte aéreo y marítimo de mercancías.



¹ De aquí en adelante nos referiremos como COVID a la enfermedad causada por el coronavirus de tipo 2 que provoca el síndrome respiratorio agudo severo (SARS-CoV-2). El Director General de la OMS declaró el 30 de enero de 2020 el brote del Covid-19 una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII) al ser de carácter (i) extraordinario, (ii) constituir un riesgo internacional debido a la propagación de la enfermedad, y (iii) requerir de una respuesta internacional coordinada. Posteriormente, el 11 de marzo de 2020 la OMS calificó oficialmente al COVID como pandemia internacional.

² El virus de la gripe de 1918-19 es el evento que, de forma verificada (no sabemos con certeza cuántas muertes causaron las sucesivas epidemias de peste en el mundo antiguo y medieval), ha provocado más muertes en la historia de la humanidad, alrededor de 50 millones de personas en todo el mundo. Posteriormente ha habido otras dos pandemias, la de 1957 y la de 1968, que causaron una menor mortalidad, alrededor de un millón de víctimas cada una, y la de 2009, que tuvo una mortalidad aproximada de trescientas mil víctimas. Además, también han existido diferentes epidemias, entre ellas la gripe aviar de 2013 en China. Para saber más de la gripe de 1918-1919, *vid., ad ex.*, DOUGLAS JORDAN CON APORTACIONES DEL DR. TERRENCE TUMPEY Y BARBARA JESTER, “The Deadliest Flu: The Complete Story of the Discovery and Reconstruction of the 1918 Pandemic Virus”, 17 de diciembre de 2019 (<https://www.cdc.gov/flu/pandemic-resources/reconstruction-1918-virus.html>)

Gráfico 3. Principales medidas y su cuantía económica adoptadas por la Unión Europea frente al COVID.

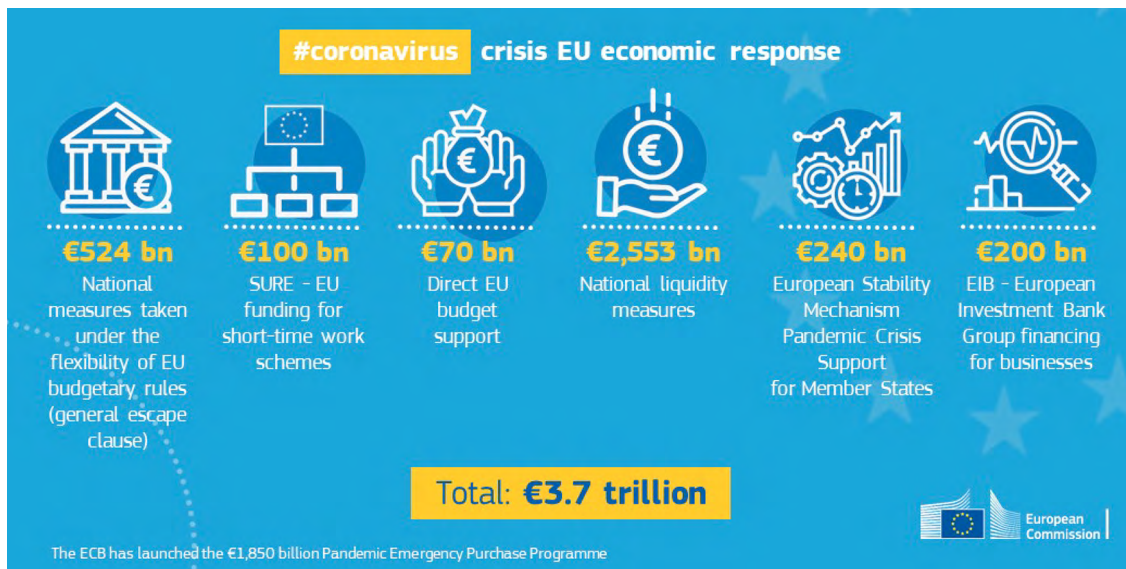
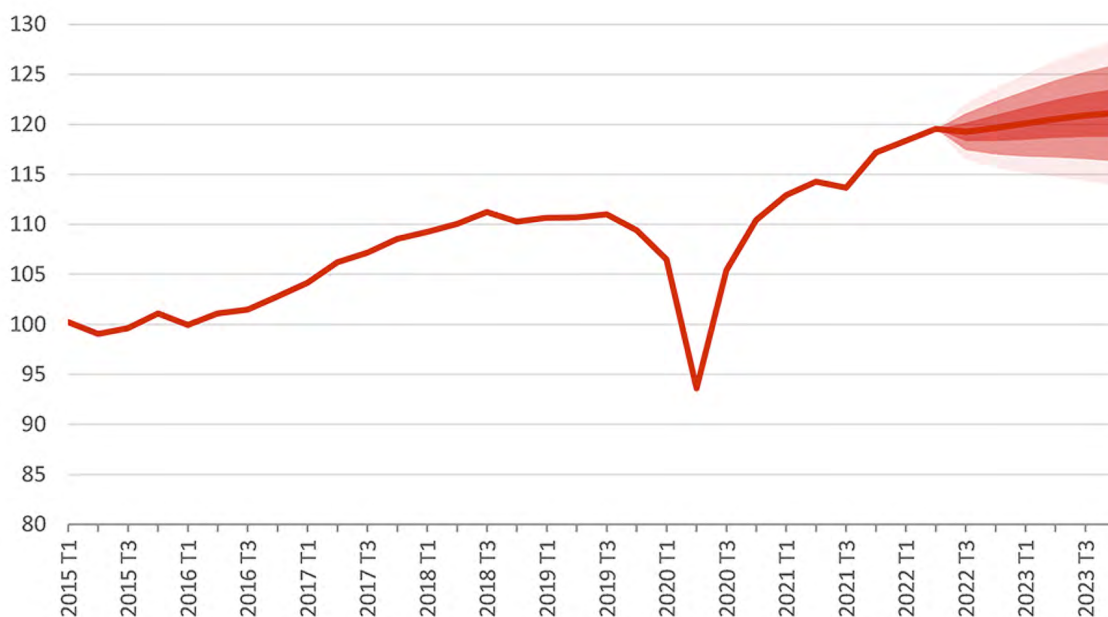


Gráfico 4. Volumen del comercio mundial de mercancías, 2015 T1-2023 T4 (fuente: OMC)



1 y 2 siguientes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico³ vemos el exceso de mortalidad causado por la pandemia⁴ del COVID, así como el impacto que tuvo sobre el transporte aéreo y marítimo comercial que afectó a las cadenas de suministro globales; por su parte, en el gráfico 3 siguiente podemos ver a modo de ejemplo las medidas adoptadas por la Unión Europea y su valor económico⁵.

³ OECD: The impact of COVID-19 on health and health systems (<https://www.oecd.org/health/covid-19.htm>); “COVID-19 and international trade: issues and actions”, 12 de junio de 2020 (<https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/covid-19-and-international-trade-issues-and-actions-494da2fa/>)

⁴ La R.A.E. define pandemia como “Enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región” y epidemia como “Enfermedad que se propaga durante algún tiempo por un país, acometiendo simultáneamente a gran número de personas”.

⁵ COMISIÓN EUROPEA, “Empleo y economía durante la pandemia de coronavirus” (https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/jobs-and-economy-during-coronavirus-pandemic_es)

2. De igual modo, y levantando ya la mirada hacia el futuro que es el objeto de este artículo, en el siguiente gráfico 4 de la Organización Mundial para el Comercio⁶ se ve el tremendo impacto que tuvo el COVID para el comercio mundial (un análisis detallado por regiones nos daría el mismo gráfico, lo que da idea del impacto homogéneo y global) y las complicadas expectativas para el 2023 motivadas por diferentes acontecimientos como crisis económicas, energéticas, guerra en Ucrania y el impacto de las medidas adoptadas en China contra el COVID.

3. En el momento de escribir este artículo⁷, y aunque el virus sigue ampliamente circulando y mutando, la mayor parte del mundo⁸ ha aprendido a convivir con él gracias a las vacunas y a la inmunidad que la humanidad ha ido adquiriendo frente al mismo. Por ello, el virus no podrá ya ser utilizado como excusa en el cumplimiento de los contratos al tratarse de un evento que debe ser tenido en cuenta a la hora de firmarlos. Sin embargo, el que esta pandemia la estemos mirando ya por el espejo retrovisor no quiere decir que en nuestro camino futuro no puedan aparecer nuevos obstáculos en forma de nuevas mutaciones agresivas, una nueva pandemia, los acontecimientos previstos por la OMC para el 2023, u otro tipo de sucesos que, a día de hoy, no podemos imaginar⁹. De hecho y como apuntan los científicos, no hay duda de que habrá nuevas pandemias, sólo hay duda de cuándo llegarán¹⁰.

4. Es por tanto un hecho cierto que siempre pueden acontecer nuevas situaciones que impacten en las relaciones comerciales y en la efectiva ejecución de las obligaciones contractuales subyacentes. Es algo habitual que las partes tengan, más o menos en mente, estos acontecimientos críticos cuando establecen sus relaciones comerciales y los regulen de alguna manera estableciendo un reparto de los riesgos asociados a ellos a través de, p.ej., cláusulas de fuerza mayor (o similares), de ajuste de precio, de terminación anticipada o de resolución de disputas. Ese reparto variará en función de diversos factores como pueden ser el sector de actividad, la importancia de la entrega a tiempo, el tamaño de la compañía u otros que harán que el reparto sea más o menos equilibrado y asociado al precio pagado/

⁶ OMC, “*El crecimiento del comercio sufrirá una brusca desaceleración en 2023 debido a la difícil coyuntura que atraviesa la economía mundial*”, 5 de octubre de 2022 (https://www.wto.org/spanish/news_s/pres22_s/pr909_s.htm) En el mismo informe se ve que los indicadores de tráfico mundial de contenedores o de vuelos comerciales han seguido rumbos similares, lo que demuestra la afectación producida en las cadenas de suministros globales.

⁷ Noviembre de 2022.

⁸ Con la notable excepción de China que sigue aplicando medidas estrictas de confinamiento ante la aparición de nuevos casos. Dada la importancia de China en la economía mundial, ello supone que el COVID podrá seguir siendo usado (o, mejor dicho, intentado ser usado como veremos más adelante) en ciertas situaciones como una excusa en el cumplimiento de muchos contratos internacionales.

⁹ Hasta hace poco sólo veíamos en las películas que cabía la posibilidad de que el hombre tuviese que inventar una manera de desviar un meteorito o asteroide que pudiese llegar a impactar en la Tierra y causar una catástrofe. Hoy en día, la ficción se ha hecho realidad (<https://elpais.com/ciencia/2022-10-11/la-sonda-dart-consigue-desviar-un-asteroide-por-primavez-en-la-historia.html>). O que pueda caer un gran pedazo de chatarra espacial sobre nuestras cabezas (<https://elpais.com/ciencia/2022-11-04/parte-de-un-cohete-chino-cae-sobre-la-tierra-fuera-de-control-y-espana-esta-en-su-trayectoria.html>). Pero sin necesidad de salir al espacio exterior, el hombre siempre se ha bastado para crear desde los inicios de los tiempos guerras (o modernamente ataques terroristas) que también podrían considerarse eventos de este tipo. Y la naturaleza pone de su parte con, a modo de ejemplo de eventos naturales no habituales, grandes llamaradas solares (denominadas “Carrington Event” y que afectó en 1989 a las infraestructuras eléctricas de muchos países), huracanes devastadores (Katrina en 2005 en Nueva Orleans), volcanes inesperados (Islandia en 2010) o terremotos con tsunamis asociados (Japón en 2011), todos ellos eventos con obvias consecuencias en el comercio internacional.

¹⁰ *Vid. ad ex.*: KEVIN BERGER, “The Man Who Saw the Pandemic Coming - Will the world now wake up to the global threat of zoonotic diseases?”, 12 de marzo de 2020 (<http://nautil.us/issue/83/intelligence/the-man-who-saw-the-pandemic-coming>) entrevistando a Dennis Carroll, ex-director durante 15 años de la unidad de gripe pandémica y amenazas emergentes de la “Agency for International Development (USAID)”: “[d]o you think the current outbreak was inevitable? Oh, sure. It was predictable. It’s like if you had no traffic laws and were constantly finding pedestrians getting whacked by cars as they crossed the street”; “Few doubt that major epidemics and pandemics will strike again and few would argue that the world is adequately prepared.”, VICTORIA Y. FAN, DEAN T. JAMISON AND LAWRENCE H. SUMMERS, “Pandemic Risk: How Large are the Expected Losses?” *Bulletin of the World Health Organization* 96, no. 2, 2018, p. 129; “... scientists and public health experts seemed to agree ... (que la cuestión relevante con relación a) the next influenza pandemic ... is when, not if (ocurrirá)”, KATHERINE HARMON, “What Will the Next Influenza Pandemic Look Like,” *Scientific American*, 19 de septiembre de 2011 (<https://www.scientificamerican.com/article/next-influenza-pandemic/>)

cochado. Pero lo normal en el mundo de los negocios internacional es que la terminación del contrato sea un último remedio (“*last resort remedy*”) porque nadie quiere desaprovechar el esfuerzo, tiempo y dinero ya invertido en el contrato, y la compra (o venta) de sustitución en muchos sectores no suele ser algo que se pueda hacer de manera rápida o incluso, dependiendo del objeto de la transacción, posible. A esto hay que añadir las incertidumbres y los costes legales asociados a este tipo de terminaciones anticipadas, aspectos que las empresas tienen muy en cuenta. Y en aquellos contratos donde las empresas no hayan previsto esas cláusulas, normalmente el derecho aplicable por defecto se encargará de tratar el problema surgido y su solución.

5. Durante el COVID, con tanto tiempo libre en casa durante los períodos de confinamiento, los académicos y abogados de todo el mundo redactaron infinitas notas, memorandos y artículos sobre la aplicación de la fuerza mayor u otras instituciones similares según su jurisdicción, con el objetivo de usar el COVID y las medidas gubernamentales que le siguieron como causa de exoneración de la responsabilidad derivada de la falta de ejecución de sus obligaciones. Y una cosa que los clientes aprendieron es que, a pesar de lo que pueda parecer obvio, buscar el amparo de la fuerza mayor (o de sus equivalentes) no es tarea fácil en ninguna jurisdicción, ya que depende de las muy concretas circunstancias particulares del caso a las que hay que aplicarles unos requisitos muy estrictos y encadenados, como si fuera uno de esos juegos de mesa de niños donde caer en la casilla equivocada hace que retrocedas a la casilla de salida. Y lo último que una empresa quiere en sus relaciones comerciales es incertidumbre, falta de certeza sobre la situación a la que se enfrenta.

6. Por eso, por la necesidad de certeza y de mantener vivos los contratos adaptándolos a los cambios que puedan surgir, se necesitan soluciones legales que puedan ayudar a que ambas partes sufran las menores consecuencias económicas derivadas de esos acontecimientos imprevistos. La pandemia y las crisis deberían de servirnos para realizar una importante revisión de los principios y prácticas que guían tradicionalmente el diseño y redacción de los contratos.

7. Este artículo tiene como objetivo plantear nuevas formas legales más allá de la fuerza mayor y sus figuras afines para hacer frente a los efectos que una nueva pandemia u otro impedimento (que no necesita ser necesariamente catastrófico) pueda tener en la ejecución de las obligaciones de las partes de un contrato sujeto a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa internacional de Mercancías¹¹. En este sentido, y al amparo de diferentes teorías económicas y legales que han surgido en los últimos años buscando una mayor colaboración entre las partes de un contrato con el objetivo de que ambas se beneficien mutuamente del mismo, planteamos que las disposiciones contenidas en CISG en relación con el incumplimiento previsible son una alternativa legal más fácil y segura para gestionar la ejecución interrumpida de un contrato en este tipo de situaciones que acudir a la clásica institución de la fuerza mayor o *hardship* contenidas en el artículo 79 CISG. En particular, el art. 71.1 que regula la suspensión de la ejecución del contrato es un remedio particularmente atractivo para el mundo empresarial ya que mantiene en suspenso el contrato ante un cambio de circunstancias (imprevisible al tiempo de su celebración) a la espera de que se produzca una situación que permita su correcta ejecución, quedando los arts. 72 y 73 como últimos remedios en los casos más extremos.

8. Con este objetivo, analizaremos a continuación en la sección II los conceptos de fuerza mayor y *hardship* para ver luego su aplicación a través del art. 79 CSIG. En la sección III analizaremos la

¹¹ Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 11 de abril de 1980. Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. XI: (New York: Naciones Unidas, 1980), págs. 159-173, Documento A/CN.9/SER.A/1980 (https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb_1980_s.pdf). La Convención entró en vigor de forma general el 1 de enero de 1988 y para España, de conformidad con lo establecido en su artículo 99, el 1 de agosto de 1991 en base al instrumento de adhesión publicado en el B.O.E. núm. 26, de 30 de enero de 1991, págs. 3170 a 3179 (corrección de errores publicada en BOE núm. 282, de 22 de noviembre de 1996). En adelante, nos referiremos a ella por su acrónimo “CISG”, que es la forma en la que se la conoce en la literatura académica internacional (*Contracts for the International Sale of Goods*)

regulación en CISG del incumplimiento previsible deteniéndonos en particular en el supuesto de suspensión de las obligaciones de las partes regulado en su art. 71. En la sección IV analizaremos la teoría contractual relacional y su aplicación a las nuevas formas de contratación, así como su vinculación con el incumplimiento previsible.

II. Exención de responsabilidades: Fuerza Mayor y Hardship en el art. 79 CISG

1. Conceptos de Fuerza Mayor y Hardship

9. El punto de partida básico para estudiar los conceptos de fuerza mayor y *hardship* es entender que, en cualquier contrato, en cualquier país, y uno diría que en cualquier época, la primera obligación de las partes es cumplirlo.

10. Esta regla básica de que lo pactado obliga se expresa en los sistemas legales occidentales por el aforismo de origen romano “*pacta sunt servanda*”¹². Este principio de que el contrato es ley entra las partes junto al de la buena fe han guiado de forma histórica las relaciones entre los comerciantes, el derecho internacional y las resoluciones de los tribunales a la hora de tratar con las posibles interferencias externas en la ejecución de las obligaciones asumidas por las partes de un contrato.

11. Por ello, ante una situación externa que ponga en peligro la buena ejecución del contrato lo primero que hay que hacer es analizar el contrato para verificar si las partes han regulado la existencia de eventos imprevistos y la distribución entre ellas del riesgo asociado al mismo¹³. Ante una situación como la que hemos vivido, todos los abogados (y los que no son abogados) piensan inmediatamente en el concepto de fuerza mayor y buscan en el contrato una cláusula con esa denominación (a veces no de forma acertada) o una figura similar que le permita buscar motivos de exoneración. Sólo en caso de que el contrato no regule estas situaciones, los abogados procederán entonces a analizar lo que establece la ley aplicable al contrato¹⁴ en relación con este concepto. Y, aunque la conceptualización de la fuerza mayor varía de país a país¹⁵, en general se puede entender como un evento que está fuera del control de

¹² Reflejado en el Código Civil español en los artículos 1.089, 1.091, 1.256 y 1.258. A nivel internacional, *vid.ad ex.*: INGEBORG SCHWENZER, PASCAL HACHEM AND CHRISTOPHER KEE, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012, p. 668, párr. 45.87, que hace referencia, a modo de ejemplo en la actualidad, a su reflejo en el Art 6.2.1 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016 (“UNIDROIT PIIC” por sus siglas en inglés), al Art 6:111(1) de los Principios de Derecho Contractual Europeo (“PECL” por sus siglas en inglés), y al Art III-1:110 del Proyecto de Marco Común de Referencia 2008 (“DCFR” por sus siglas en inglés)

¹³ Esta distribución del riesgo no tiene que estar siempre explícita en el contrato, puede ser implícita en función de, p.ej., un Incoterm o el precio fijo de un contrato a largo plazo, donde obviamente las partes profesionales del mismo son conscientes que en su devenir pueden ocurrir muchas circunstancias y que el riesgo asociado a las mismas va implícito en el precio acordado.

¹⁴ En caso de que la ley aplicable sea la española, la fuerza mayor está recogida (aunque no de forma explícita) en el art. 1.105 del Código Civil español: “*Fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables* “. Al igual que en otros países, el concepto sólo hace referencia a las consecuencias (eximentes) de su incumplimiento para el deudor incumplidor, pero no regula si queda o no liberado de la obligación de cumplir. Para ello, deberemos acudir a sus artículos 1.182 y 1.184 que se refieren a la imposibilidad sobrevenida del deudor de cumplir su obligación de dar (por pérdida o destrucción de la cosa) o de hacer (por imposibilidad legal o física), lo que conlleva la posibilidad de instar la suspensión o la resolución del contrato. Cabe por último recordar que el mismo precepto del Código Civil mencionado recoge también el (tantas veces confundido) concepto de “*caso fortuito*” que el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en las STS 5 noviembre 1993 (RJ 1993/8970) o STS 31 mayo 2006 (RJ 2006/3497), diferencia de la fuerza mayor en que el primero hace referencia a lo imprevisible usando una diligencia normal (de un ordenado comerciante en este caso, art. 225.1 de la Ley de Sociedades de Capital) o que de haberse previsto podría haberse evitado, operando la producción del hecho en la esfera interna de poder o influencia del deudor; por su parte, en el segundo se trata de un hecho inevitable y su producción opera en la esfera externa del círculo en el que se desarrolla la actividad del deudor, es una causa externa y extraña sobre la que no puede tener ningún control, STS 21 marzo 2013 (RJ 2013/3382).

¹⁵ Su origen se remonta al Código de Hammurabi (tablillas 48, 249 y 266) y, a través de la historia, viaja por Roma donde se recoge en el Digesto (L.IV, T II, 2) y Ulpiano (como muestra del principio “*impossibilium nulla est obligatio*”, nadie está obligado a cumplir lo imposible), el Código de las Siete Partidas de Alfonso X (partida 7ª, título XV, ley 24) hasta las moder-

las partes de un contrato y que ocurre entre el momento de celebración del contrato y el momento de ejecución de la prestación debida, impidiendo (a una o a ambas) ejecutar sus obligaciones, siendo por tanto características básicas de su naturaleza el que sea imprevisible e inevitable. Y la consecuencia lógica de este concepto es que el contrato o se suspende temporalmente mientras dure la causa de la fuerza mayor o se termina anticipadamente, pero con un matiz fundamental: que la parte que se haya visto afectada no es responsable de los daños que esa suspensión o terminación hayan podido causar. Es decir, que la razón principal que se persigue al invocar la fuerza mayor es evitar la responsabilidad por los daños que la falta de ejecución de la prestación debida haya podido causar a la contraparte.

12. Si el contrato contiene una cláusula de fuerza mayor, la misma puede ser explícita (bien porque las partes la hayan negociado o porque la haya impuesto una de las partes) si está incluida en el texto del propio contrato, o implícita (aunque no deja de ser menos explícita *stricto sensu*) si va integrada en las condiciones generales de contratación que son tan habituales (y poco leídas, y aún menos negociadas) en la contratación internacional. Las cláusulas de fuerza mayor previas al COVID raramente incluían una situación de pandemia¹⁶ dentro del listado de eventos a tener en cuenta, pero las posteriores incluyen ya de forma rutinaria una referencia a ella. Pero, como decíamos antes, puede haber otros muchos eventos que, aunque la imaginación humana sea grande, no estén relacionados en la cláusula y para los que se incluye típicamente al final de los eventos descritos en la misma lo que en jerga contractual internacional se denomina una cláusula “*catch-all*” (“... y otro tipo de causas similares”). El problema de estas cláusulas eximentes de responsabilidad es que los tribunales leen las cláusulas de fuerza mayor de forma muy restringida por el imperativo del *pacta sunt servanda*, por lo que sólo interpretarán la cláusula a partir de lo que estrictamente esté expresado en ella. De este modo, una interpretación razonable de este tipo de “*catch-all*” cláusulas sólo puede hacerse para entender eventos que son efectivamente de la misma naturaleza de los previamente listados. Es decir, que se trata de un pensamiento circular que lleva a que, p.ej., si se había citado expresamente epidemia, se pueda entender pandemia, pero si no se ha citado epidemia, pandemia no se puede desprender de, p.ej., cualquier otro suceso natural¹⁷. En cualquier caso, este tipo de cláusulas han sido siempre interpretadas restrictivamente por los tribunales, sean nacionales o arbitrales¹⁸.

13. Otro concepto que las partes suelen alegar en estas situaciones imprevistas es lo que en inglés se denomina “*hardship*”¹⁹ y que, al igual que con la fuerza mayor, su concepto varía de país a país.

nas codificaciones civiles. En las codificaciones modernas tiene su origen en el Código Civil francés de 1804 (o Código de Napoleón), aunque su art. 1.148 no contiene ninguna definición de fuerza mayor, sino que se limita a exponer su consecuencia (exonerar de pagar daños)

¹⁶ A modo de ejemplo y dado su gran uso en contratos internacionales, se pueden ver las cláusulas modelo de fuerza mayor y *hardship* redactadas por la Cámara de Comercio Internacional, más conocida por su acrónimo en inglés, “ICC” derivado *International Chamber of Commerce* con el que la denominaremos de aquí en adelante. En marzo de 2020, ICC actualizó su cláusula para recoger “epidemia” como uno de los eventos presuntos, aunque luego la volvió a actualizar para incluir “pandemia”, ICC FORCE MAJEURE AND HARDSHIP CLAUSES, (<https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/>). De igual modo, una búsqueda en Aranzadi en la jurisdicción civil (último acceso 14 de noviembre de 2022) nos da 2.114 entradas de fuerza mayor, si le añadimos la palabra “epidemia” nos da 10 entradas, y si le añadimos “pandemia” da sólo de 3 entradas anteriores a 2.020 relacionadas con temas turísticos por la pandemia de gripe A en los años 2.009-2.010. Por ello, será complicado que nadie pueda pretender haber incluido la situación generada por el COVID en una cláusula escrita previamente a la pandemia. Otra cosa distinta es intentar estar cubierto en una situación de COVID por alguna referencia (que esta sí es habitual) a frases similares a esta de la cláusula modelo de ICC relativa a “*acto de una autoridad pública, ya sea legal o ilegal, cumplimiento de cualquier ley u orden gubernamental, expropiación, ocupación de obras, requisita, nacionalización*” que le hayan impedido ejecutar sus obligaciones contractuales dadas las diferentes medidas de restricción de movimientos dictadas por las autoridades gubernamentales en los diferentes países.

¹⁷ Si es que cabe entender que el COVID es fruto del devenir natural, algo que probablemente nunca lleguemos a saber.

¹⁸ *Id.* MICHAEL POLKINGHORNE AND CHARLES ROSENBERG, “Expecting the Unexpected: The Force Majeure Clause,” *Business Law International*, Vol. 16, No. 1, 2015, pp. 49 et ss.

¹⁹ En otro tipo de relaciones contractuales, contratos de financiación o de compraventa de empresas, las denominadas cláusulas MAC (“*Material Adverse Change*” o su variante “*Materia Adverse Effect*”) cumplen una función similar para conseguir que, respectivamente, el acreedor o el comprador puedan verse eximidos de cumplir las obligaciones que en otro caso les corresponderían según el contrato (típicamente, proveer financiación o adquirir acciones de la sociedad objeto de compra, pero no sólo esas)

En España se suele traducir por “excesiva onerosidad”²⁰ y los Principios UNIDROIT dan una prolija definición en su art. 6.2.2²¹. Si la fuerza mayor se centra en la existencia de un evento externo que deviene imposible la ejecución de un contrato, en el *hardship* la ejecución del contrato es todavía posible pero se considera que se ha producido una ruptura del equilibrio contractual si esa prestación debida ha devenido (como dice la traducción en castellano) excesivamente onerosa (o disminuye considerablemente el valor de la prestación) para la parte que lo alega. Por ello, se centra más en renegociar el contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias que en suspender la ejecución del mismo, y sólo una vez que la vía negociada no ha tenido éxito se podrá acudir a un tribunal para terminar el contrato. Y al igual que ocurre con la fuerza mayor, su aplicación por los tribunales internacionales es muy restrictiva.

2. Aplicación en CISG de la Fuerza Mayor y Hardship: art. 79

14. En aquellos contratos de compraventa de bienes que no contengan cláusulas de fuerza mayor, *hardship* o similares y que estén sometidos a CISG²², habrá que acudir a su artículo 79 que está incluido dentro de la Sección IV del Capítulo V (Disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y comprador) bajo la ilustrativa denominación de “Exoneración”²³. Pero el artículo 79 CISG no habla ni de fuerza mayor ni de *hardship* ni de cualquier otro concepto que permita la exoneración de responsabilidad y que exista en las legislaciones nacionales²⁴. Y no lo hace por una decisión consciente²⁵ y

²⁰ Es el equivalente a la doctrina desarrollada en España por el Tribunal Supremo bajo el título “*rebus sic stantibus*” (mientras las cosas sigan igual) y que tiene su origen en los Glosadores del medievo (vid. KONRAD ZWEIFERT ET AL., *Introduction to Comparative Law*, Vol. 3, Clarendon Press, Oxford, 1998). Al igual que en otros países, la aplicación de esa doctrina por los tribunales es muy restrictiva y, a partir de la crisis financiera del 2008, sus características han quedado más definidas por el Tribunal Supremo en, entre otras sentencias, STS 15 octubre (RJ 2014/6129), STS 24 febrero 2015 (RJ 2015/1409), STS 9 enero 2019 (RJ 2015/1409), o STS 18 julio 2019 (RJ 2019/3010)

²¹ “PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2016” (<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>, (fecha de último acceso el 14 de noviembre de 2022), Art. 6.2.2.: “Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.” La cláusula de *Hardship* de la ICC regulada en el mismo documento que la de la fuerza mayor contiene similares requisitos, vid. *supra* nota 16.

²² Aplicable según su art. 1 cuando ambas partes contratantes tengan su domicilio en Estados signatarios (salvo que la aplicación de CISG haya sido excluida expresamente por las partes, ex art. 6) o cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante (salvo que un Estado haya presentado una excepción a la aplicación de este aspecto, como es el importante caso de USA). Es importante recordar que CISG proporciona una normativa comercial internacional uniforme por defecto cuando las partes de un contrato no han regulado una materia que forma parte de su contenido.

²³ Esta Sección IV sólo está formada por el art. 79 y el 80, que complementa al anterior estableciendo que “Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla”.

²⁴ En el *common law* existen otras variantes de estos conceptos. En derecho inglés el denominado “*frustration of purpose*” admite que un cambio excepcional de circunstancias haga que la finalidad del contrato devenga inútil, es decir, se gira del concepto continental de la dificultad para ejecutar una obligación hacia el de valorar la finalidad del contrato que las partes tenían en mente al momento de establecer su relación contractual. Otra doctrina aplicada igual de restrictivamente es la norteamericana de “*impossibility*” por la que, si la ejecución de un contrato deviene imposible por la existencia de un acontecimiento extraordinario y exógeno, se excusa a la parte obligada a cumplir de su obligación y no se tendrá el contrato por incumplido; lo mismo ocurrirá si el contrato se ha vuelto de repente mucho más peligroso y difícil de lo esperado de manera que sea “impracticable” (en el sentido de imposible, e incluye la imposibilidad económica), al igual que en el caso de que haya una nueva legislación que prohíba a una parte ejecutar su parte del contrato, véase RESTATEMENT (SECOND) ON THE LAW OF CONTRACTS § 261 (2ed, American Law Institute Publishers, St Paul, Minnesota, 1981), y UNIFORM COMMERCIAL CODE § 2-615. Esta doctrina se complementa con el concepto de “*restitution*” por el que la parte que no ha ejecutado su obligación está obligada a “restituir” los pagos recibidos por adelantado para, de este modo, evitar un enriquecimiento injusto de una parte frente a la otra, vide RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT §1, American Law Institution 2011.

²⁵ Vid. *ad ex.*: esperando “*that Article 79 would establish its own autonomous definition of impediments beyond a party’s control*”, CAMILLA ANDERSEN, *Uniform Application of the International Sales Law Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG*, Kluwer Law International, 2007); “*Thus Art. 79*

resultado precisamente de la existencia de un amplio abanico de opciones existentes en las diferentes familias jurídicas internacionales, por lo que deliberadamente se quiso huir de sus connotaciones domésticas. En este sentido, hay que recordar que dentro de los principios de CISG está el de buscar una uniformidad en su aplicación²⁶, algo que hubiese sido imposible si en el art. 79 se hubiese reflejado un concepto existente y sometido a muchos matices e interpretaciones nacionales: el “*homeward trend*”²⁷ hubiese sido inevitable.

15. Por ello, CSIG utiliza el término “impedimento” pero no lo define, dejando una puerta explícitamente abierta a la interpretación flexible de qué se puede entender por ello. Hoy en día existe un consenso generalizado en la doctrina y en tribunales en relación con la inclusión de lo que tradicionalmente se ha entendido de forma generalizada por fuerza mayor²⁸, aunque han existido más dudas sobre el concepto de *hardship*²⁹.

3. Aplicación del art. 79 CISG a las situaciones generadas por el COVID

16. Sin querer entrar aquí en un análisis en profundidad de los requisitos de la fuerza mayor aplicado al COVID³⁰, basta hacer un breve comentario sobre los mismos al objeto de poder establecer un punto de comparación frente a la aplicación de los artículos 71-73.

was elaborated on a varied background. Significantly, however, the Convention avoided reference to the domestic theories recapitulated above. It developed a system of its own, which in fact results from a slow maturation process that started with ULIS. This autonomy, illustrated by the lack of reference to accepted wording and concepts of domestic laws (force majeure, frustration, impracticability) renders the interpretation of Art. 79 extremely difficult because one cannot resort to these laws as a guide.” DENNIS TALON en “Article 79 Commentary” en C. M. BIANCA, M.J. BONELL ET AL., *Commentary on the International Sales Law*, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 572-575. Similar explicación en PETER SCHLECHTRIEM AND INGBORG SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Fourth edition ed. Munich, Oxford University Press, 2016, p. 1063.

²⁶ Art. 7.1: En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

²⁷ No hay que olvidar que el éxito que históricamente ha tenido la ley inglesa en el mundo de los negocios internacionales y, en particular, en el campo del comercio internacional, ha sido, en buena parte, por su predictibilidad, por contar con un sistema judicial que ha permitido establecer un cuerpo de precedentes judiciales que permiten a las partes saber a qué atenerse cuando eligen la ley inglesa. Precisamente, CISG debería, con las limitaciones de depender para su aplicación de tribunales de todos los países signatarios, ser predecible si no se quiere que los abogados que redactan los contratos terminen excluyendo su aplicación en base a su propio art. 6. *Vide* en este sentido, HARRY FLECHTNER, “Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) as Rorschach Test: The Homeward Trend and Exemption for Delivering Non-Conforming Goods,” *Pace International Law Review*, Rev. 19 (2007), pp. 29-51, y WILLIAM P. JOHNSON, “Understanding Exclusion of the CISG: A New Paradigm of Determining Party Intent,” *Buffalo Law Review*, Vol. 59, 2011, pp. 213-292.

²⁸ *Vid. ad ex.*: SCHLECHTRIEM, *supra* nota 24, en párr. 45.16 et ss.; e INGBORG SCHWENZER, “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts,” *Victoria U. Wellington L.Rev.* 39, 2008, pp. 709-726.

²⁹ A pesar de que los prerequisites establecidos en el art. 79 son similares a los requeridos en muchas jurisdicciones o en los Principios UNIDROIT para el *hardship*, durante mucho tiempo la doctrina discutió si este concepto podía considerarse incluido. Hoy en día, se trata de una discusión superada como demuestra tanto las Opiniones nº 7 y nº 20 del “CONSEJO CONSULTIVO EN MATERIA DE COMPRVENTA INTERNACIONAL DE MERCANCIAS (CISG-AC)” relativas a “*Exoneración de responsabilidad por daños bajo el art. 79 de la CISG*” y “*Excesiva onerosidad (Hardship) conforme a CISG*”, como las resoluciones de los tribunales relacionadas en el Anexo 1 de la Opinión nº 20 (de nueve casos que han tratado específicamente el asunto, ocho han decidido a favor de su inclusión y, de ellos, sólo uno ha considerado que se cumplían los requisitos del art- 79). La diferencia en la aplicación de los requisitos es que en el caso de la fuerza mayor lo que hay que probar es que la ejecución del contrato ha devenido imposible, mientras que en el caso del *hardship* es posible pero excesivamente más onerosa. Asunto diferente es determinar entonces qué se puede entender por “excesiva” onerosidad, que no es objeto de este artículo pero que es un tema para dilucidar caso a caso en los tribunales porque puede ser algo muy complicado en la práctica (p.ej., un suministrador acuerda entregar 1.500 toneladas de un tipo de aceite determinado a un cliente español pero su fábrica en Italia, lugar habitual de producción para ese cliente, está cerrada por orden gubernamental aunque lo puede hacer desde una fábrica en USA pero a un precio mucho más oneroso para él por el coste de fabricación y el transporte; ¿cuál es el límite a esa onerosidad?)

³⁰ Existe abundante literatura sobre el tema, *vid. ad ex.*, LOK KAN SO, POOMINTR SOOKSRIPAISARNKIT AND SAI RAMANI GARI-MELLA, “COVID-19 in the Context of the CISG: Reconsidering the Concept of Hardship and Force Majeure,” en *Balkan Yearbook of European and International Law 2020*, Springer, 2021, pp. 105-119.

17. El COVID, en un primer momento de su aparición, cumplía sin lugar a duda los tres requisitos cumulativos establecidos en el art. 79.1 ya que ha sido claramente un impedimento (i) ajeno a la voluntad de cualquier parte, (ii) que no cabía razonablemente³¹ esperar que fuese tenido en cuenta en el momento de la celebración del contrato, y (iii) que no podía esperarse razonablemente que la parte pudiera haber evitado o superado el impedimento o sus consecuencias. De hecho, técnicamente, podríamos decir que el impedimento no es la pandemia como tal sino los efectos fácticos (p.ej., cierre de fábricas, muerte de personal clave, corte de las cadenas de suministro) o jurídicos³² (cierres gubernamentales, toques de queda, prohibiciones de desplazamiento) provocados por la crisis sanitaria. Y, obviamente, se da lo que podría llamarse el cuarto requisito de aplicación: que exista un nexo causal entre el impedimento (los efectos fácticos y/o legales del COVID) y el incumplimiento (el que consecuencia de ellos no se puedan ejecutar las obligaciones contractuales ante la imposibilidad de poder, p.ej., acudir a una fábrica a trabajar³³)

18. Claro que lo importante es que esta exención de responsabilidad y suspensión de las obligaciones contractuales dura mientras dura el impedimento³⁴, pero a partir de ahí ya no cabe volver a recurrir a ella porque tenía que haber sido prevista³⁵. En otras palabras, una vez presente el COVID en nuestras vidas, no cabe alegarlo como impedimento válido según el art. 79 ya que su segundo requisito (la previsibilidad del hecho, de tenerlo en cuenta porque ya existía al momento de la celebración del contrato³⁶) no se cumple³⁷. Y el tercer requisito, la prueba de que no se podía evitar o superar las consecuencias que el COVID haya podido tener sobre la ejecución del contrato es difícilmente demostrable

³¹ Una cosa es saber que llegará y otra bien diferente es saber cuándo y dónde llegará. Ningún empresario puede basar su actividad en expectativas inciertas. Las primas de seguro son un buen indicador de este factor de previsibilidad: ¿cuesta lo mismo asegurarse contra un huracán en Florida que en Alemania?

³² Que siguiendo un viejo esquema podríamos denominar como “*Acts of King*” para diferenciarlos de los “*Acts of God*”. En este caso los actos del rey serían lo que en España denominamos “leyes de policía” y que vienen definidos en el art. 9.1 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L 177 de 4 de julio 2008, p.6. El valor que un tribunal nacional aplicando su propia ley da a estas leyes de policía está claro, pero no lo está tanto cuando el que las tiene que aplicar es un tribunal internacional. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la sentencia o laudo extranjeros han de ser reconocidos y ejecutados en el país de las leyes de policía, y el art. 5.2.b de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras permite exceptuar aquellas sentencias que sean contrarias al orden público de ese país. Similar excepción existe cuando hablamos de sentencias judiciales, como recoge el artículo 7.1.c del Convenio de La Haya de 2019 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales Extranjeras en materia Civil o Mercantil y al que recientemente se ha adherido la Unión Europea, aunque todavía no ha entrado en vigor.

³³ Aunque es cierto que en todos los países hubo sectores que se consideran esenciales y pudieron, con más o menos dificultades, seguir funcionando. A modo de ejemplo, en España las actividades declaradas en 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 2011, junto aquellos que, aun no siendo críticos en base a dicha ley, sí eran esenciales para “... asegurar el abastecimiento de la población y los propios servicios esenciales” (art. 18.2 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE de 14 de marzo de 2020)

³⁴ Art. 79.3 CISG.

³⁵ Hoy en día es típico que un suministrador intente incluir en la cláusula de fuerza mayor una referencia al COVID o más genérica a epidemia/pandemia, y que el comprador se niegue precisamente porque considere que es algo que ya se conoce y, por lo tanto, carece de ese carácter de imprevisibilidad y debe ser valorado por el vendedor en su precio. La insistencia en añadirlo por el suministrador puede llevar a que el precio de compra ofrecido sea más bajo al estar queriendo transferir al comprador el riesgo de incumplimiento. Y en ese caso, el vendedor tendrá que valorar la posibilidad real de que ese riesgo se materialice, si cabe asegurarse frente a él y a qué coste, o si tiene fuentes alternativas de suministro en caso de que ocurra el evento. Una opción puede ser simplemente no incluir una cláusula de fuerza mayor, y entonces estar regulado por las reglas contenidas en CISG, de ahí la importancia de buscar una alternativa a la muy restrictiva aplicación del art. 79.

³⁶ Sin entrar aquí siquiera a valorar qué se entiende realmente por el concepto de previsibilidad porque, realmente, previsible es todo como hemos visto *supra* en la nota 9 con relación a la caída de un meteorito o un asteroide en nuestro planeta, cuestión distinta es que se haya previsto en concreto un determinado resultado. Vide en este sentido el comentario de la SECRETARÍA DE UNCITRAL al art. 79 CISG “Comentarios sobre el proyecto de Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, Documento A/CONF.97/5, pág. 60, donde se dice que “*Todos los posibles impedimentos al cumplimiento de un contrato son previsibles en mayor o menor grado. Impedimentos tales como guerras, tormentas, incendios, embargos oficiales y cierre de rutas marítimas internacionales se han producido en el pasado y es de esperar que vuelvan a ocurrir en el futuro.*”

³⁷ Salvo con alguna posible excepción en aquellos casos donde se hayan vuelto a tomar medidas drásticas por gobiernos locales, como en el caso de China en la actualidad.

una vez que ya existía y se ha tenido en cuenta el factor de previsibilidad, ya que está sujeto a un juicio subjetivo y objetivo de que las partes han hecho un esfuerzo razonable³⁸. Y si durante el COVID el comercio internacional se vio obviamente limitado, es cierto que los gobiernos mantuvieron abiertas las fronteras, puertos y aeropuertos para el transporte de mercancías y evitar problemas de abastecimiento³⁹, por lo que justificar que no se han encontrado formas de superar un problema de, p. ej., falta de suministros, es complicado⁴⁰. Lo que habrá ocurrido es que la ejecución de la obligación se habrá vuelto más gravosa, y ahí la cuestión jurídica a resolver es determinar el umbral que hace que sea imposible ejecutar la contraprestación. De ahí la afortunada expresión “*price majeure*”⁴¹ referente al uso de estas cláusulas para intentar renegociar los términos contractuales.

19. Ahora bien, ¿cabe una epidemia o una pandemia (llamémosla COVID, ébola u cualquier otra) ser consideradas como fuerza mayor según el art. 79? Existe muy poca jurisprudencia internacional sobre la aplicación del art. 79 y la que hay apunta claramente a una aplicación muy restrictiva⁴², en línea con lo que ocurre en las diferentes jurisdicciones nacionales⁴³. Sólo existen dos precedentes en relación con una situación similar a la actual, uno relacionado con el SARS (otro tipo de coronavirus⁴⁴) y otro con la gripe aviar.

20. El primer caso fue el denominado L-Lysine de 2005⁴⁵ en el que el demandado chino solicitó la exención de responsabilidad del art. 79 CISG por su falta de entrega de cerca de 1/3 de la cantidad acordada de L-Lysine. El demandado argumentó que su retraso en la entrega fue debido a la epidemia provocada por el virus SARS⁴⁶ en el año 2002-2003 en Hong-Kong, calificándola el demandado como

³⁸ Y ello, aunque exista una cláusula donde se recoja como “epidemia, pandemia”, ya que la parte que la invoque deberá demostrar que “*los efectos del impedimento no podrían razonablemente haber sido evitados o superados por la parte afectada*” (punto c de la definición de Fuerza Mayor de la ICC, vide *supra* 16, pero habitual en las definiciones de estas cláusulas). De este modo, hay que recordar que, si existe una cláusula contractual, la validez de su invocación, que los tribunales interpretarán siempre de forma restrictiva, depende de su lenguaje específico y de las circunstancias de hecho del contrato particular entre las partes.

³⁹ Lo cual ha dado lugar a una de las crisis de transporte (con muy importantes efectos en la economía global) más peculiares de la historia, el problema de los contenedores de mercancía que quedaron en tierra en destinos desde los que, durante un tiempo, fue problemático reintegrarlos al tráfico habitual. De esta manera se produjo una escasez de contenedores donde eran más necesarios y con ello un encarecimiento del transporte global y graves problemas en las cadenas de suministro, lo que, a su vez, provocó un encarecimiento del precio de determinados bienes en destino al faltar los de reemplazo, (<https://www.nytimes.com/2021/10/11/business/supply-chain-crisis-savannah-port.html>) y (<https://www.ship-technology.com/analysis/global-shipping-container-shortage-the-story-so-far/>)

⁴⁰ En este sentido, hay que recordar las ocho sentencias mencionadas en el Anexo 1 de la Opinión n° 20 sobre *hardship* (vid. *supra* nota 29) donde se observa la muy restrictiva aplicación del art. 79 cuando las circunstancias económicas se vuelven gravosas y donde queda claro que el hecho de que la fuente alternativa de suministro sea cara no hace que se pueda considerar aplicable en este aspecto el art. 79 (vid., *ad ex.*, el caso *Iron molybdenum* resuelto por el Oberlandesgericht Hamburg, 28 de febrero de 1997, CISG-online 261, o el caso *FeMo alloy* del China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC), 2 de mayo de 1996, CISG-online 1067). Una situación diferente es si las medidas gubernamentales obligan a cerrar una fábrica o impiden exportar, como de hecho sigue ocurriendo a la fecha en áreas de China.

⁴¹ “*Chinese firms use obscure legal tactics to stem virus losses*”, THE ECONOMIST, 22 de febrero de 2020 (<https://www.economist.com/business/2020/02/22/chinese-firms-use-obscure-legal-tactics-to-stem-virus-losses>)

⁴² Vid. *ad ex.*: Ş ESRA KIRAZ AND ESRA YILDIZ ÜSTÜN, “COVID-19 and Force Majeure Clauses: An Examination of Arbitral Tribunal’s Awards,” *Uniform Law Review* 25, no. 4, 2020, 437-465; SCHLECHTRIEM P., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, p. 1063 (“*The provision’s drafting history, systematic placement and wording imply that such an exemption should be considered only under very narrow conditions. Accordingly, Article 79 has not yet been of great practical importance. Even though, in practice, parties have repeatedly attempted to invoke Article 79 for exemption, they only very rarely succeeded.*”)

⁴³ Recordemos los principios del art. 7.1, *vida supra* nota 26.

⁴⁴ Aunque su incidencia en números absolutos fue bastante menor (8.098 infectados con 774 muertos), su tasa de mortalidad fue muy alta, cercana al 15%. CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (2004) y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2003), respectivamente.

⁴⁵ Caso *L-Lysine*, China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), 5 de marzo de 2005, CISG-online 5007.

⁴⁶ Y también alegó inundaciones, pero fue asimismo rechazada porque el tribunal consideró que el comprador había actuado correctamente mediante la aceptación de un cambio de fecha, que el vendedor luego incumplió.

“fuerza mayor”. El tribunal rechazó su solicitud porque el contrato era posterior a la aparición del virus, pero no negó (ni tampoco la contraparte) la calificación del SARS como un evento de fuerza mayor.

21. En el segundo caso,⁴⁷ el contrato regulaba la venta por una compañía estadounidense de muslos de pollo a un comprador rumano con entrega en Rumanía. Una vez celebrado el contrato comenzó un brote de gripe aviar, por lo que el gobierno rumano prohibió, sin previo aviso, todas las importaciones de pollo que no estuvieran certificadas en una fecha determinada. El vendedor alegó que el contrato no tenía cláusula de fuerza mayor, pero el árbitro único aplicó el artículo 79 CISG al pertenecer ambas partes a Estados signatarios. El árbitro decidió que el vendedor cumplía los elementos primero, segundo y cuarto de la fuerza mayor según el art. 79 (había un impedimento fuera del control de una parte que era, además, imprevisible para ella y su incumplimiento fue debido a ese impedimento). Sin embargo, también consideró que el vendedor no cumplía el tercer elemento ya que, aunque no cabía razonablemente esperar que ese impedimento (un brote de gripe aviar) fuese tenido en cuenta al celebrar el contrato, las consecuencias del impedimento podían razonablemente ser superadas mediante la entrega en un puerto tercero, que era lo que propuso el comprador.

22. De este modo, sea porque le afecta directamente (en cuyo caso normalmente será considerado como “fuerza mayor”) o indirectamente al afectar a sus suministradores o al transporte de la mercancía (en cuyo caso normalmente será considerado como *hardship*), la vía del art. 79 se aparece como una barrera muy alta para su aplicación en situaciones donde un evento claramente limitador como el COVID puede acarrear grandes dificultades para que cualquiera de las partes de un contrato pueda ejecutar las obligaciones a las que se había comprometido⁴⁸. Adicionalmente, y no despreciable, está *per se* la falta de certeza en relación con la interpretación que puede hacer un tribunal extranjero sobre este tipo de cláusulas⁴⁹.

23. Por ello, y tal y como veremos a continuación, una alternativa de más fácil aplicación⁵⁰ a estas situaciones es la que permiten los arts. 71 a 73 CISG.

III. El incumplimiento previsible como alternativa al art. 79 CISG

1. El incumplimiento previsible en CISG

24. Como es conocido, en general los remedios que CISG dispone a favor de las partes en caso de incumplimiento sólo comienzan a estar operativos una vez que el incumplimiento ha tenido lugar. Este es el caso del art. 79 que acabamos de analizar.

⁴⁷ Caso *Macromex Srl. v. Globex International Inc.*, American Arbitration Association – International Centre for Dispute Resolution (AAA/ICDR), 23 de octubre de 2007, CISG-online 1645.

⁴⁸ En este sentido, vide So pág. 116, *supra* nota 36.

⁴⁹ BRANDON NAGY, “Unreliable Excuses: How do Differing Persuasive Interpretations of CISG Article 79 Affect its Goal of Harmony?” *NY Int’l L.Rev.* 26, 2013, 61, 71.

⁵⁰ Aunque parezca contradictorio con el objeto de este artículo (pero no lo es, como veremos más adelante en la sección IV), cabe recordar que los tribunales sólo conocen de los casos litigiosos, esto es, aquellos en los que las partes no se han puesto de acuerdo porque una parte ha hecho una reclamación infundada de lo que entiende que es fuerza mayor o *hardship*, o porque la cláusula donde se recoge el concepto no es clara en relación con los supuestos comprendidos. Sin embargo, la experiencia práctica de los negocios demuestra que la mayor parte de las veces las empresas y sus gestores usan el sentido común y el acuerdo para aplicar lo que ellos entienden que es una causa justificada para suspender sus respectivas obligaciones. No hay que olvidar que litigar es siempre caro e incierto, y más en temas internacionales que normalmente implican contratar abogados extranjeros y litigar fuera de su propio país. De este modo, evitan meterse en las complejidades de los requisitos de aplicación judicial del concepto. Una muy buena prueba de ello es que casi tres años después de la aparición del COVID en Wuhan, todavía no se conoce ningún caso internacional por parte de algún tribunal judicial o arbitral de aplicación del artículo 79 CISG en relación con el COVID. Antes o después aparecerá alguno, pero sólo demostrará una vez más que el mundo de los negocios ha sabido autogestionarse de manera práctica y eficiente. Y lo que es seguro es que si aparece es porque las partes no han llegado a un acuerdo sobre él por lo que la situación no es clara. Y, en ese caso, la montaña de la aplicación del art. 79 se alza como un K-2 en ascensión invernal.

25. Sin embargo, puede haber ocasiones en las que cualquiera de las partes tenga buenas razones para concluir que su contraparte tendrá problemas a la hora de cumplir sus obligaciones contractuales. Pongamos, por ejemplo, un supuesto en el que el evento ya ha ocurrido, las partes no eran conscientes del mismo cuando contrataron, y sus consecuencias podrían afectar a la ejecución de las obligaciones pendientes.

26. En esos supuestos, CISG les da la oportunidad de tomar medidas que protejan sus intereses y no se vean obligados a cumplir su parte del contrato cuando, de forma previa al momento de ejecutar las obligaciones contractuales, la conducta o hechos externos de su contraparte le hacen pensar que no va a poder cumplir sus obligaciones. Y esa protección la dispone a través de sus artículos 71 a 73 que regulan diferentes situaciones con diferentes efectos.

27. El artículo 71 CISG permite a una parte suspender sus obligaciones si es manifiesto que su contraparte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones⁵¹. La causa para determinarlo puede ser su propio comportamiento⁵² o problemas que afecten gravemente a su capacidad o a su solvencia para cumplir sus obligaciones, pero siempre que los mismos sean conocidos una vez concluido el contrato, aunque existiesen de forma previa⁵³. Este artículo permite incluso al vendedor oponerse a la entrega de las mercancías si éstas ya hubiesen sido expedidas. Pero una equivocación en la valoración puede llevar a que se considere que se ha incumplido el contrato al suspender sus propias obligaciones, permitiendo a la contraparte resolver el contrato⁵⁴.

28. Por su parte, el art. 72 va más allá al permitir resolver el contrato si la contraparte manifiesta que no va a cumplir con el contrato o, por otros motivos, es patente⁵⁵ que va a cometer un incumpli-

⁵¹ *Vid.ad ex.:* el caso *J.P.S. BVBA v. Kabri Mode BV*, Rechtbank van Koophandel Hasselt (Tribunal de Comercio), Bélgica, CISG-online 373, en el que la falta de pago durante siete meses por parte del comprador de una suma adeudada en un contrato anterior (para la entrega de ropa de invierno) se considera que da al vendedor una buena razón para suspender el cumplimiento de la entrega en otro contrato posterior (para la entrega de una colección de verano); de modo similar en el caso de los *Minibuses*, Rechtbank Arnhem (Tribunal de Distrito), Países Bajos, 29 de julio de 2009, CISG-online 1939, el vendedor podía suspender la entrega de un autobús si estaba pendiente el pago de los contratos de otros autobuses. Un ejemplo de comportamiento es el caso *Glass Bottles*, Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Alemania), 27 de noviembre de 2007, CISG-online 1617, donde se admitió la suspensión de las obligaciones de reembolsar unas cantidades por parte del vendedor porque el comprador había declarado que no iba a recepcionar más mercancía.

⁵² Pej., caso *Used Machine*, Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden (Tribunal de Primera Instancia Appenzell), Suiza, 10 de marzo de 2003, CISG-online 852, donde se admitió la suspensión de la obligación de pago del comprador porque era manifiesto que a partir de una determinada fecha el demandado no podría cumplir el plazo de 14 días contractual para poner la máquina a disposición del comprador tras su pago, a pesar de haberse ajustado el plazo a las nuevas circunstancias.

⁵³ Lo relevante es el momento de conocimiento por la parte que las alega, no el momento en que las causas empezaron a existir.

⁵⁴ Como ocurre, p.ej., en el caso *Kickboards*, Bundesgericht (Tribunal Supremo Suiza), 17 de julio de 2007, CISG-online 1515, donde el vendedor de motocicletas chino no probó con hechos que el problema de solvencia del comprador suizo fuese posterior a la celebración de su contrato, por lo que el Tribunal entendió que había suspendido erróneamente sus obligaciones de entrega.

⁵⁵ *Vid.ad ex.:* *Zweirad Technik Dieter Könemann v. C. Reinhardt A/S*, Højesteret (Tribunal Supremo Dinamarca), 17 de octubre de 2007, CISG-online 2014. Un vendedor danés importaba motocicletas Suzuki japonesas y luego revendía un gran número de ellas a un comprador alemán para revenderlas a sus clientes en Alemania. En la práctica, el comprador pedía cantidades basadas en las ventas previstas en Alemania y el vendedor pedía las cantidades correspondientes a su proveedor japonés (es decir, el fabricante). En otoño de 1999, el comprador encargó unas 1.600 motocicletas que se entregarían a plazos, y el precio de cada tramo era pagadero en yenes en el momento de la entrega, mientras que el precio total estaba sujeto a una garantía bancaria. Posteriormente, debido a las fluctuaciones del tipo de cambio entre el euro y el yen, el comprador solicitó al vendedor que pidiera al fabricante una reducción del precio. A pesar de la negativa del fabricante, el comprador hizo un pedido adicional de 2.000 motocicletas. Sin embargo, en diciembre de 1999, el comprador canceló sus pedidos. Cuando el vendedor protestó, las partes acordaron que el comprador aceptaría la entrega de la mitad de la cantidad pedida con un descuento determinado por el vendedor y acordaron que el vendedor intentaría conseguir un descuento adicional del fabricante. No satisfecho con los esfuerzos del vendedor para obtener el descuento adicional, el comprador se negó a aceptar la entrega de un tramo determinado de las entregas pendientes y también canceló la garantía bancaria. Alegando que tal conducta constituía un incumplimiento esencial, el vendedor resolvió el contrato, advirtiendo al comprador que revendería las motocicletas en cuestión en Dinamarca. Dadas estas circunstancias, el Tribunal Supremo de Dinamarca consideró que el vendedor había tenido derecho a resolver la totalidad del contrato.

miento esencial del contrato⁵⁶. En este caso se tiene el derecho a reclamar daños, pero si se equivoca en su apreciación y tenía que haber pedido sólo la suspensión, será él quien cometa un incumplimiento esencial y, por tanto, esté sujeto a daños.

29. Por último, el art. 73 es, en realidad, un caso particular del art. 72 al centrarse en supuestos de contratos con entregas sucesivas, de manera que se permite la resolución de todo el contrato si hay un incumplimiento esencial en una de las entregas y existen fundados motivos para pensar que ocurrirá lo mismo con respecto a futuras entregas⁵⁷. En caso contrario, se puede declarar resuelto solo respecto a una entrega concreta, aunque cabrá hacerlo también respecto al conjunto del contrato si las entregas son interdependientes y no cabe destinarlas al uso previsto en el momento de la celebración del contrato.

30. Nota común a estos artículos es la necesidad de notificar a la contraparte de la intención de suspender o resolver (en este caso, si hubiera tiempo para ello salvo que haya una voluntad rebelde a cumplir) el contrato, de manera que la contraparte pueda aportar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones⁵⁸.

2. Especial relevancia del derecho a suspender el cumplimiento en el art. 71 CISG

31. El art. 71 fue un claro fruto de su tiempo, finales de las décadas 60 y 70 del S. XX, un tiempo en el que el mundo estaba formado por un mundo occidental, rico, industrializado y productor de bienes, y un mundo en desarrollo, exportador de materia prima y carente de divisas y capacidad financiera y técnica de enfrentarse a las presiones de las grandes empresas occidentales⁵⁹. Consecuencia de lo anterior, el texto actual sólo pudo salir adelante como un compromiso entre el Norte y el Sur, el Oeste y el Este, después de una de las mayores, complejas y largas discusiones a las que se enfrentaron los redactores de CISG⁶⁰. Ello nos da idea de la gran importancia del concepto de suspensión de la ejecución de las obligaciones en la vida de un contrato internacional.

⁵⁶ En el famoso caso *Italian Shoes XIII*, Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal de Apelaciones), 14 de enero de 1994, CISG-online 119, el vendedor tenía derecho a resolver el contrato de compraventa de zapatos cuando se hizo patente que el comprador, que aún no había cumplido con los pagos del contrato anterior, no iba a dar garantías ni a pagar. De igual modo, en el caso *Doolim Corp. v. R Doll, LLC et al*, U.S.D.C. New York, U.S.A., 7 de mayo de 2009, CISG-online 4839, el tribunal falló en favor del vendedor en base a la existencia de impagos en previos envíos que demostraban que era incapaz o no quería hacer frente al pago acordado, por lo que se le permitió resolver el contrato.

⁵⁷ Vid. *supra* nota 55 *Zweirad Technik Dieter Könemann v. C. Reinhardt A/S*. También es muy ilustrativo el caso del aceite de girasol italiano resuelto por el Handelsgericht des Kantons Zürich (Tribunal Comercial del Canton de Zurich), 5 de febrero de 1997, CISG-online 327, donde un comprador alemán contrató con un vendedor francés la entrega de una gran cantidad de aceite de girasol cada mes. Aunque el comprador pagó la primera entrega, el vendedor no envió la mercancía a Rumania como se había acordado, por lo que el Tribunal consideró que el comprador tenía derecho a anular todo el contrato porque el incumplimiento del vendedor con respecto a esa entrega le dio al comprador buenas razones para esperar un incumplimiento fundamental del contrato con respecto a las futuras entregas.

⁵⁸ Sin querer entrar aquí en el detalle, este es uno de los aspectos que ha generado más dudas en relación con este artículo, ya que no se define ni el concepto de seguridades ni el de suficientes. La historia legislativa de este artículo nos dice que, a pesar de los intentos de la delegación alemana, no se quiso definir para así dar a las partes una mayor libertad. Por su parte, el concepto de suficientes tiene que ser interpretado, con toda lógica, desde la perspectiva del acreedor que espera el cumplimiento de la prestación (*vide supra* nota 36 en p. 57, Comentarios de la Secretaría)

⁵⁹ El profesor Eörsi (reputado jurista húngaro que participó activamente en los trabajos previos de la Convención y fue nombrado presidente de la Conferencia Diplomática de Viena que aprobó el texto final) lo resume muy acertadamente: “(a) *the economic fact that developing countries mainly export raw materials and agricultural products and import technology and finished goods, (b) the under developed technological condition of their markets; and (c) their frequently justified mistrust of developed industrial states.*” en GYULA EÖRSI, “A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods,” *Am.J.Comp.L.* 31 (1983), p. 350.

⁶⁰ ALEJANDRO M. GARRO, “Reconciliation of Legal Traditions in the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods,” *The International Lawyer*, 1989, p. 473-475.

32. Una de sus notas características es que, en línea con otros remedios de CISG (que es un “*self-help treaty*”⁶¹), es un remedio “*self-help*”, es decir, que es la propia parte que contempla ese futuro incumplimiento de su contraparte la que decide de forma autónoma dar un paso adelante y suspender el contrato hasta que la otra parte pueda ejecutar su parte o dar garantías suficientes⁶² de que cumplirá (también tiene la opción de no hacer nada y ejecutar su parte quedándose, en su caso, al amparo de otros remedios de CISG si el incumplimiento tiene lugar finalmente)

33. Se trata de un remedio lógico en el mundo de los contratos internacionales donde tener que buscar de forma previa el amparo de un tribunal haría imposible su efectividad, ya que la rapidez es algo intrínseco a los negocios internacionales, y el suspender el contrato es una manera de obligar a la contraparte a que cumpla. Es, como se ha explicado en una afortunada expresión⁶³, una espada y no un escudo, ya que sólo se puede usar para evitar el incumplimiento antes de la fecha prevista, pero no después para defenderse si la contraparte ha ejecutado de manera errónea sus obligaciones.

34. El correcto ejercicio de este derecho es una cuestión de hecho que dependerá de las concretas circunstancias del caso, de qué impedimento⁶⁴ haya tenido lugar después de la celebración del contrato y de si puede ser considerado como “sustancial”. Si la parte acreedora se equivoca en su valoración, ella misma se podrá colocar en situación de incumplimiento.

35. Precisamente para evitar el factor subjetivo (aunque siempre va a existir un factor subjetivo en la toma de la decisión), este artículo buscó que las razones para tomar la decisión de suspender el contrato fuesen las más objetivas posibles, de manera que un tercero observador objetivo y razonable de ese mismo sector de actividad⁶⁵ y teniendo “*debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso*”⁶⁶ pueda valorar su bondad comparando la situación con la existente al momento de contratar (de ahí el estándar “manifiesto”). No bastan meras conjeturas, hay que basarse en realidades, en hechos ciertos, a la hora de tomar la decisión, ya que el estándar seguido en este artículo por la mayoría de los tribunales requiere un “alto grado de probabilidad”⁶⁷.

36. Porque lo relevante en este artículo no es tanto que el hecho no se conociese antes de la celebración del contrato como el hecho de que las circunstancias hayan cambiado, se hayan deteriorado de manera que surjan serias dudas de su capacidad para hacer frente a sus obligaciones⁶⁸. Si ponemos el

⁶¹ Sus normas son directamente vinculantes entre los particulares que pueden pedir su amparo directamente antes los tribunales de los Estados que adopten la Convención, que deberán examinar su procedencia y aplicarlo obligatoriamente como derecho interno cuando se cumplan los requisitos. Es más, en el caso de España los tribunales deberán aplicarlo de oficio como parte del principio *iura novit curia*. Obviamente, la aplicación por los tribunales arbitrales dependerá del derecho aplicable conforme a la ley o al reglamento de arbitraje aplicables al procedimiento.

⁶² *Vide supra* nota 58. No en el sentido financiero, sino en el sentido amplio de la palabra, cualquier tipo de medida que permita asegurar el cumplimiento de la obligación en duda.

⁶³ “*The nonbreaching party receiving defective delivery must fully perform its counter-obligation and is restricted to the remedies granted by Article 45, 61 [on present breach]. Metaphorically speaking, Article 71 can only be used as a sword, not as a shield: the creditor will be able to prevent performance of the contract by way of suspension but has no possibility to refuse its own performance if it has received defective performance.*” FOUNTOLULAKIS en INGEBORG H. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Fourth ed., Oxford, Oxford University Press, 2016, art. 71, párr. 10.

⁶⁴ Cabe todo tipo de impedimento: fácticos (fenómenos naturales, guerras, huelgas, etc) o legales (cambios legislativos, medidas gubernamentales), subjetivos (concurso) u objetivos (incendio en unos almacenes o en la fábrica), actos preparatorios o ejecutorios del contrato que no sean en conformidad con su buen fin (no solicitar una licencia a tiempo, no tener suficiente materia prima para ejecutar el contrato)

⁶⁵ Art. 8 (2)

⁶⁶ Art. 8 (3)

⁶⁷ *Vide supra* nota 54, caso Kickboards, y caso *Italian shoes VIII*, Landgericht Berlin (Tribunal Regional Berlin), 30 de septiembre de 1992, CISG-online 70, donde con relación al art. 72 el tribunal estableció que “*Sin embargo, no es necesario demostrar un grado de probabilidad cercano a la certeza. Más bien se requiere una probabilidad muy alta, evidente para todos, pero no se requiere una certeza casi completa*”.

⁶⁸ El Comentario de la Secretaría (*vide supra* nota 36) al art. 62 (actual 71) incluye en su párr. 4, p. 57, supuestos como el estallido de una guerra o la imposición de un embargo y la doctrina incluye fácticos como fenómenos naturales, huelgas e

ejemplo del COVID en la actualidad, hoy no se puede alegar COVID como impedimento para ejecutar el contrato, pero un nuevo brote en la provincia china de nuestro proveedor puede crear serias dudas de si va a cumplir. En este supuesto, si el importador español tiene que hacer un pago anticipado, el art. 71 le podría servir para suspender el contrato en tanto en cuanto la situación no se aclare, sobre todo si las partes acordaron que ese producto tenía una fecha de entrega determinada y esencial para el importador.

37. Un último punto para destacar en la aplicación del art. 71 CISG es la necesidad de que el impedimento debe haber puesto en peligro una parte “sustancial” de las obligaciones. Para determinar qué se entiende por tal lo primero será determinar qué han entendido las partes en su contrato como principal, como importante, de cara a la correcta ejecución del mismo, cuál es el objeto de su contrato y las obligaciones a él conexas. Típicamente en el caso de un vendedor será entregar la mercancía conforme al contrato y en tiempo⁶⁹, y en el caso del comprador su pago y recepción⁷⁰.

38. Si el potencial incumplimiento es de tal naturaleza como para ser considerado esencial, entonces estaríamos ante una situación susceptible de terminación anticipada bajo el art. 72, pero en este caso, como es lógico, se sube un escalón en los requisitos a aplicar: ahora es necesario que sea “patente” el incumplimiento y, si hay tiempo para ello, es obligatorio enviar una notificación con antelación razonable avisando de ello de manera que la parte deudora pueda dar garantías suficientes de que cumplirá (excepto en el supuesto de que esa parte haya anunciado de que no cumplirá y, por lo tanto, no hay que avisar)

39. Como se ve, ambos artículos (y el 73 referente a contratos con entregas sucesivas que sigue sus requisitos de aplicación) son remedios muy indicados para situaciones donde existe un impedimento a la ejecución. Dependiendo del evento que se trate y de las circunstancias del caso *ad hoc*, las partes tienen flexibilidad para escoger si quieren suspender (la opción más fácil al ser favorecida por CISG que tiene como uno de sus principios subyacentes el mantenimiento del contrato) o terminar el contrato anticipadamente.

40. Pero, a diferencia de lo que ocurre con el art. 79, aquí no es necesario que el evento esté fuera de su control, no es relevante si el evento es por su culpa o es un evento ajeno a él. Si bien es cierto que ello conlleva que no se evite en su caso la responsabilidad por los daños causados, por otra parte otorga a las partes una gran flexibilidad para actuar. De hecho, siguiendo el art. 79.5 CISG, se podría buscar la exoneración de daños del art. 79 y, a la vez, solicitar la suspensión o la terminación anticipada del contrato.

IV. Los nuevos modelos de contratación: teorías relacionales e incumplimiento previsible

1. Las teorías relacionales y su uso en los nuevos modelos de contratación

41. Hoy en día, en un mundo en constante evolución tecnológica, los contratos tienden a ser cada vez más complejos, no son solo productos terminados con unas características determinadas (p.ej., un transformador de medida) sino que tienden a añadir servicios adicionales para dotarles de un valor añadido y diferenciador por el que se puede cobrar un precio adicional (p.ej., que el transformador sea capaz de comunicarse para transmitir información en tiempo real sobre datos de la red eléctrica)⁷¹. Esta

incendios y aquellos derivados de causas jurídicas como prohibiciones de exportación o de pago de divisas al exterior. Evidentemente, una epidemia o pandemia son causas también a añadir.

⁶⁹ Caso *Korean Waste Paper*, Higher People’s Court Zhejiang, China, 18 de abril de 2011, CISG-online 3908, donde se admitió que el comprador chino suspendiese la emisión de una carta de crédito con relación a un tercer contrato por existir serios problemas de calidad en los dos anteriores y no haber enviado un certificado de calidad ni dado garantías suficientes en un tiempo razonable.

⁷⁰ Caso *Containers*, Tribunal Arbitral de Hungarian Chamber of Commerce and Industry, Hungría, 5 de diciembre de 1995, CISG-online 163, donde el tribunal entendió que el vendedor tenía derecho a suspender sus obligaciones porque el comprador sólo había pagado una parte de la mercancía entregada.

⁷¹ “Hubo una época en que el modelo dominante en los negocios era la venta de productos terminados usando contratos “terminados” que suministraban información con especificaciones detalladas de los bienes vendidos y una clara delimitación de los

complejidad hace que la cooperación continuada entre las partes sea esencial en estos casos, de manera que su *relación* no se termina con la firma del contrato que queda como un mero documento cerrado, sino que tiene que contener mecanismos que permitan y desarrollen esa *relación* continuada.

42. Este cambio en la forma de contratar ha sido estudiado en los últimos años por diferentes teorías tanto económicas como legales que han buscado la mejor manera de que pueda ser aprovechado por las empresas en sus relaciones comerciales. Muchas de ellas tienen su eco en una fecha tan lejana como 1963, cuando el profesor Stewart Macaulay publicó un artículo⁷² en el que, a través de un profundo trabajo empírico sobre la aplicación del derecho en el mundo de los negocios, comenzaba a esbozar una teoría sobre lo que más tarde denominaría⁷³ “*el limitado papel práctico de lo que los profesores llaman derecho contractual*”⁷⁴, y que hoy en día conocemos como “teoría relacional de los contratos”⁷⁵. De acuerdo con esta teoría, un contrato relacional comprende estructuras y pactos diseñados para permitir y apoyar a las partes en una asociación (“relación”) contractual continuada de manera que puedan trabajar de forma conjunta y productiva las vicisitudes que les afecten⁷⁶, aspirando a resolver sus conflictos sin recurrir a la aplicación judicial de las cláusulas contractuales específicas⁷⁷. Y ello porque los contratos relacionales son, por definición, incompletos, ya sea por su propio diseño o, más habitual, por omisión⁷⁸. La incertidumbre es, por tanto, inherente a los mismos⁷⁹.

*derechos y obligaciones. En la época actual, el objeto de los contratos –ampliamente aceptado– es ser cada vez más indefinidos y complejos. Por ejemplo, ha habido un cambio de los productos acabados a los servicios todo incluido y a productos con un ciclo de vida útil. Las contrataciones son mucho más complicadas en las redes que han sido diseñadas para producir nuevos bienes y servicios. En este mundo, las relaciones empresariales y de negocios no se han regido tanto por los contratos tradicionales que gobiernan “la interdependencia entre los socios y la necesidad de proteger su propia reputación”. En esta clase de relaciones, los socios actúan dentro de lo que Axelrod denomina “la sombra del futuro” (citando a ROBERT AXELROD AND WILLIAM D. HAMILTON, “The Evolution of Cooperation,” *Science* 211, no. 4489, 1981, p. 248.)*, HELENA HAAPIO, GEORGE J. SIEDEL AND MARIANA BERNAL FANDIÑO, “Aplicación Del Derecho Proactivo Como Una Ventaja Competitiva,” *Revista De Derecho Privado*, no. 31, 2016, p. 294.

⁷² STEWART MACAULAY, “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study,” *American Sociological Review* 28, no. 1, 1963, 55-67. En este artículo Macaulay postulaba que las relaciones contractuales comerciales no suelen estar definidas por términos contractuales específicos y expresos, de que “*while detailed planning and legal sanctions play a significant role in some exchanges between businesses, in many business exchanges their role is small*” (p. 62). La importancia seminal de este artículo es tal que es considerado desde su publicación como el artículo sobre derecho contractual más citado en EE. UU., *vid.* FRED R. SHAPIRO, “The most-Cited Law Review Articles Revisited,” *Chi.-Kent L.Rev.* 71, 1995, pp. 751-779. Probablemente, a juzgar por la vigencia de los desarrollos doctrinales que siguen surgiendo de su estela, lo siga siendo.

⁷³ “... *the very limited practical role of what professors call contract law ...*”, STEWART MACAULAY, “An Empirical View of Contract,” in *Stewart Macaulay: Selected Works* Springer, 1985, 399-414.

⁷⁴ En este sentido, es muy ilustrativo (y divertido) leer su artículo relativo a la relación del arquitecto Frank Lloyd Wright con los directivos de S.C. Johnson & Son. En él se narra su relación mientras Wright diseñaba y supervisaba la construcción del Johnson Administration Building y su torre de I+D. Stewart Macaulay, “Organic Transactions: Contract, Frank Lloyd Wright and the Johnson Building,” *Wis.L.Rev.* (1996), 75. Se da la circunstancia que es un caso que conoce bien porque su mujer era hija de uno de los directivos que llevaron las negociaciones desde el principio y durante todo (el excesivo) tiempo que llevó su construcción que acabó multiplicando por varias veces el presupuesto inicial. A título de anécdota, de las conversaciones con su suegro nació la idea que inspiró el trabajo desarrollado en su magistral artículo.

⁷⁵ “*Relational contracts theory*”. El trabajo de Macaulay dio lugar a dos grandes ramas de investigación paralelas pero diferentes, una relacionada con aspectos del derecho y la sociedad, y otra con las normas sociales del derecho y la economía. Dentro de estas dos grandes ramas existen diferentes teorías que inciden más en unos puntos u otros, o que incluso son híbridas entre las dos. Para conocer más sobre las teorías derivadas del trabajo de Macaulay, *vide* por todos, ROBERT E. SCOTT, “The Promise and the Peril of Relational Contract Theory,” *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay: On the Empirical and the Lyrical*, 2013, 105-139.

⁷⁶ “[R]elational contracts provide a means of coping with unforeseen contingencies as they arise, rather than attempting to plan for them in advance.” DONALD J. SMYTHE, “Bounded Rationality, the Doctrine of Impracticability, and the Governance of Relational Contracts,” *S. Cal. Interdisc. LJ* 13, 2003, p. 266.

⁷⁷ “... *in relational contracts the benefits and burdens are shared*”. IAN R. MACNEIL, “The Many Futures of Contracts,” *S. Cal. L. Rev.* 47 (1973), p. 782.

⁷⁸ “*According to the lawyers, relational contracts usually are incomplete*.” ALAN SCHWARTZ, “Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies,” *The Journal of Legal Studies* 21, no. 2 (1992), p. 271.

⁷⁹ Macaulay, *supra* nota 72 en p. 57, describe cuatro grados de planificación contractual, desde “explicita y cuidadosa”, pasando por el “acuerdo tácito” y las “suposiciones unilaterales”, hasta el “desconocimiento de las cuestiones”. De este modo, y aunque no sean totalmente conscientes de ello, las partes contratantes y sus asesores jurídicos suelen elaborar acuerdos híbridos que constan de términos transaccionales (es decir, pactos específicos) y relacionales.

43. A continuación, explicaremos de forma sucinta⁸⁰ (cada una de ellas por separado merece un artículo específico para analizarlas en profundidad) tres teorías surgidas en los últimos años que se encuadran dentro de la teoría relacional de los contratos, aunque cada una pone énfasis en diferentes aspectos. De este modo, podremos entender mejor su relación con el objeto de este artículo que analizaremos seguidamente como su apartado final.

44. La primera teoría ha sido desarrollada por el Premio Nobel en Economía Oliver Hart, David Frydinger y Kate Vitasek, quienes proponen un nuevo tipo de contrato, el “*contrato relacional formal*”⁸¹, que consideran como una forma eficaz de superar los problemas de la falta de completitud contractual, especialmente en las transacciones complejas. Este enfoque destaca la importancia de alinear las perspectivas entre las partes, así como de crear confianza y entendimiento durante la negociación del contrato⁸². Las partes dejan de hablar en términos de “yo” para pasar al “nosotros”, de manera que ambas partes puedan mantener relaciones mutuamente beneficiosas. También sugiere que los contratos contengan una obligación jurídicamente vinculante de actuar de acuerdo con seis normas contractuales -reciprocidad, autonomía, honestidad, integridad, lealtad y equidad- para inducir a las partes a responder de forma cooperativa a los inevitables problemas derivados del carácter incompleto de los contratos⁸³.

45. La segunda teoría, desarrollada por Lisa Bernstein y Brad Peterson en el contexto de los contratos entre grandes fabricantes de productos integrados y sus proveedores de componentes (pero presente también en otros contextos), se centra en la forma en que los contratos entre empresas han llegado a incorporar un conjunto de disposiciones -denominadas “cláusulas de gestión”⁸⁴- que son análogas a las técnicas de gestión intra-empresarial exploradas en el World Management Survey⁸⁵. Aunque estas dispo-

⁸⁰ Una nota en común de todas ellas es que no son de aplicación para todo tipo de contratos de compraventa, lo son más de aquellos donde hay un productor de un bien y un consumidor del mismo, y se establecen relaciones de una cierta complejidad donde la colaboración y la visión a más medio y largo plazo es esencial. En contratos donde la relación entre las partes se limita al mero intercambio del bien por un precio como pueden ser, por ejemplo, los de “*commodities*”, no encajan en esta visión. En este supuesto, ni siquiera CISG sería la mejor ley aplicable, sino que lo sería la ley inglesa por las particularidades de este tipo de comercio. *Vid.* en este sentido, MICHAEL G. BRIDGE, “The CISG and Commodity Sales: A Relationship to be Revisited?” *Sing. J. Legal Stud.* 2021, pp. 271-290.

⁸¹ “*formal relational contract*”. Se trata de establecer un proceso para crear una mentalidad de asociación entre las partes, incentivándolas para que tengan un interés en el éxito de la otra. Se trata, por tanto, de contratos escritos que son legalmente ejecutables (por eso los denominan “*formales*”) que incluyen muchos componentes de un contrato tradicional, pero también contienen elementos destinados a la construcción de relaciones a través de una visión compartida, con principios rectores y sólidas estructuras de gobierno para mantener alineados los intereses y las expectativas de las partes. Abogan así por “*a legally enforceable written contract (hence ‘formal’) that puts the parties’ relationship above the specific points of the deal.*” FRYDLINGER, DAVID, OLIVER HART, AND KATE VITASEK., “An Innovative Way to Prevent Adversarial Supplier Relationships,” *Harvard Business Review Digital Articles*, October 8, 2020, pp. 2-5. y DAVID FRYDLINGER, OLIVER HART AND KATE VITASEK, “A New Approach to Contracts: How to Build Better Long-Term Strategic Partnerships,” *Harvard Business Review* 97, no. 5, September 1, 2019, pp. 116-125.

⁸² *Innovative Way*, supra nota 81. “*Given the uncertainty that lies ahead, it is especially important now that companies try to avoid antagonizing the members of their ecosystems. Formal relational contracts, which can turn adversarial relationships into mutually beneficial partnerships, is a proven means to such an end.*”

⁸³ *Id.* Su argumento se centra en la capacidad que tienen los contratos relacionales para limitar o evitar un comportamiento oportunista que interrumpe la gestión fluida y eficiente de, en el caso del artículo, la cadena de suministro. En concreto observan que “*para los profesionales de la contratación de las grandes multinacionales, la tentación es utilizar la influencia de su empresa para presionar a los proveedores para que reduzcan los precios. Y cuando el proveedor tiene la sartén por el mango, es difícil resistirse a la oportunidad de imponer aumentos de precios a los clientes.*” Como muestra del buen funcionamiento de esta teoría, los autores ponen ejemplos concretos de sectores variados donde ha funcionado.

⁸⁴ “*managerial provisions*”. Se refieren a las cláusulas escritas muy detalladas que se centran no sólo en lo que se promete sino también en los detalles de cómo se va a conseguir y en cómo se supervisarán las acciones de los proveedores durante la vigencia del acuerdo, de ahí su denominación de “cláusulas de gestión”, *vid.* LISA BERNSTEIN, *Managerial Contracting: A Preliminary Study*, SSRN, 2022.

⁸⁵ Se trata de una organización que de forma regular realiza encuestas entre las empresas sobre diferentes temas, los analiza y los pone a disposición de los investigadores. La misma define su misión de la siguiente manera: “*Este proyecto comenzó en 2002 como una forma de ver si se podía “medir una de las partes no medibles” de la función de producción residual, o productividad total de los factores. Más de una década después, el pequeño proyecto ha crecido sustancialmente y esperamos que siga haciéndolo durante muchas décadas más. Nuestra misión es construir un conjunto de datos sistemáticos de alta calidad*

siciones de gestión son formales, claras y detalladas, no son jurídicamente exigibles, lo que las convierte en una especie de contrato relacional formal y sirven para desarrollar un mapa de las acciones a tomar por ambas partes en la gestión del contrato de manera que sea exitoso para ambas. Estas disposiciones tienen una fuerza muy poderosa para crear mecanismos que fomentan el crecimiento de la confianza interempresarial e interpersonal, facilitando así las condiciones necesarias para que las empresas celebren contratos relacionales creíbles que complementen sus acuerdos legales y les permitan obtener la mayor parte de los beneficios de los acuerdos verticales sin necesidad de integrarse verticalmente.

46. La tercera teoría nace de la combinación de una teoría legal europea (el denominado “derecho proactivo”) con otra económica norteamericana (el uso del derecho como una fuente de “ventaja competitiva”), lo que la hace más atractiva para las empresas por medio de la aplicación del derecho proactivo como una ventaja competitiva⁸⁶. Al igual que en las otras teorías se observa que, en lo que se ha venido a llamar el derecho tradicional clásico⁸⁷ (y, en particular, el ejercido dentro de las empresas) ha sido reactivo: surge un problema y se busca la solución, sea mediante negociación o mediante litigio. Por ello, el factor clave de los contratos ha sido la obligatoriedad de sus cláusulas⁸⁸ y la redacción de los remedios ante su incumplimiento, por lo que los abogados han redactado los contratos buscando que puedan ser ejecutados ante un tribunal en caso de necesidad. Pero el enfoque proactivo⁸⁹ toma razón de los cambios producidos en las relaciones comerciales actuales, de los comportamientos evidenciados en la vida real por las empresas, y busca que haya un alineamiento de los intereses comerciales y legales de ambas partes. Para lograr ese objetivo los contratos tienen que ser dinámicos, no se pueden quedar (como se suele decir) tallados en piedra, sino que han de crear un esquema flexible que sea fácilmente adaptable al complejo mundo actual de las relaciones comerciales. Esta flexibilidad se conseguirá a través de la correcta gestión de tres factores de riesgo claves: (i) el riesgo “relacional”, es decir, en el sentido de que las relaciones entre las partes se vean afectadas por la probabilidad de que una parte busque su propio interés en lugar de adherirse a las condiciones acordadas en el contrato⁹⁰; (ii) el riesgo de “cumplimiento”, es decir, la probabilidad de que las partes no puedan cumplir los términos acordados⁹¹; y (iii) el riesgo de “falta de adaptabilidad”, es decir, el riesgo de que la relación contractual no se adapte a los cambios que de forma inesperada (sean tecnológicos, de mercado, derivados de un evento de la naturaleza u otros) puedan surgir en el mercado o que puedan afectar a la ejecución del contrato⁹².

que puedan utilizar los investigadores de todo el mundo para profundizar en la caja negra de la productividad en todos los sectores y países.” (traducción propia) (<https://worldmanagementsurvey.org/>)

⁸⁶ GEORGE SIEDEL AND HELENA HAAPIO, *Proactive Law for Managers; a Hidden Source of Competitive Advantage*, Gower Publishing, 2011. Esta teoría se nutre fundamentalmente de la rama más social (*vid. supra* nota 75) y tiene como máximo exponente a Ian Macneil que fue quien la desarrolló a partir de su trabajo inicial en IAN R. MACNEIL, “The Many Futures of Contracts”, *S. Cal. L. Rev.* 691, 1974, pp. 691-816, y quien realmente acuñó el término de “teoría contractual relacional” en IAN R. MACNEIL, “The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations” *Ethics* 93, no. 1, 1982.

⁸⁷ Se caracteriza por considerar a cada transacción como algo único, independiente de cualquier otra relación pasada, presente o futura entre las partes (de ahí que se le denomine también como “derecho transaccional”). Tanto la teoría contractual clásica como la neoclásica fueron englobadas por Macneil dentro del llamado derecho contractual *tradicional*, *vide* IAN R. MACNEIL, “Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law” *Nw. UL. Rev.* 72, 1977, p. 854.

⁸⁸ *Vid. supra* nota 79, lo que se suele denominar como pactos transaccionales en los que se define el cómo, dónde y cuándo han de ejecutarse las obligaciones contractuales.

⁸⁹ “El término proactivo implica actuar por anticipado, tomar el control y tomar la iniciativa. Todos estos elementos son parte del planteamiento proactivo del Derecho, que distingue dos aspectos más de la proactividad: uno es la dimensión promotora (promover lo que es deseable; fomentar la buena conducta) y el otro es la dimensión preventiva (prevenir lo que no es deseable y evitar que se materialicen los riesgos jurídicos)” DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO sobre el tema “El planteamiento proactivo del Derecho: un paso más hacia una mejor legislación a nivel de la UE”, Bruselas, 3 de diciembre de 2008, OJ C 175, 28 de 2009, p.26

⁹⁰ Este riesgo se deriva de la teoría económica del comportamiento oportunista y se gestiona a través de cláusulas del tipo de resolución de conflictos, confidencialidad o de protección de la propiedad intelectual o industrial, donde se establecen penalidades (incentivos) para evitar que se incumplan.

⁹¹ Este riesgo se gestiona a través de las cláusulas que contienen obligaciones de información continuada o de hitos en el cumplimiento del contrato, con el objetivo de regular la posibilidad de que las partes no sean capaces de cumplir los términos acordados.

⁹² Este riesgo se gestiona a través de las cláusulas de fuerza mayor, *hardship* (y similares), o de ajuste de precios, que

2. Las teorías relacionales y el incumplimiento previsible

47. Como vemos, todas estas teorías tienen un sustrato común, que el contrato no sea algo rígido, que contenga dentro de él reglas legales que le permitan ser flexible, adaptarse a las circunstancias que puedan surgir en su vida. Y, aunque como decíamos antes⁹³, estas teorías obviamente se ajustan mejor a contratos de tracto sucesivo (i.e., suministro) o a aquellos complejos y poco a los de mero intercambio de bien por precio⁹⁴, sus principios, y más importante, las razones que hay detrás de ellas⁹⁵, son válidos para cualquier contrato y, en particular, para aquellos de intercambio de bienes internacionales⁹⁶, ya que sólo la flexibilidad les permitirá adaptarse a las eventualidades que puedan surgir en su ejecución.

48. Lo que ha ocurrido durante el COVID ha sido un buen ejemplo del funcionamiento de contratos relacionales. No podemos saber con certeza si ha sido la naturaleza del contrato -por ejemplo, si es transaccional o relacional- o la naturaleza de las relaciones entre las partes de un contrato lo que cataliza o disuade del oportunismo de aprovecharse de la situación o alimenta la propensión de las partes contratantes a recurrir a la terminación de los contratos que puede dar lugar a la revisión judicial. Pero es evidente que los contratos relacionales son especialmente útiles en tiempos de incertidumbre, ya que la construcción de la confianza recíproca y la cooperación es muy útil en un contexto que de otro modo podría promover la desconfianza mutua u otro oportunismo económico en la forma de subida de precios o la imposición de compra de menores cantidades de las programadas.

49. En este sentido, el art. 71 une ambos mundos, el transaccional y el relacional, ya que está diseñado para mantener vivo el contrato mediante la mutua colaboración de las partes. Su mandato de que la no ejecución afecte a obligaciones sustanciales no es sino una forma de obligar a que la contraparte cumpla, de manera que el contrato se desarrolle. De hecho, por eso contiene además la posibilidad de ofrecer garantías suficientes. Su valor nace de los principios que lo inspiran y que son los de CISG: el mantenimiento del contrato, la buena fe, la comunicación entre las partes y la mitigación de daños.

50. La mutua colaboración es permitida (y alentada, en cierta forma) en el art. 71 CISG ya que fue regulado de un modo en el que se buscaba su aplicación objetiva, pero al mismo tiempo es, como en otros artículos de CISG, bastante vago en su regulación y estándares. Eso permite a las partes, en base al art. 6 CISG, complementarlo ajustando las condiciones del ejercicio del derecho y su operativa a sus necesidades específicas. De este modo, se puede regular, p.ej., lo que ellas entiendan por sustancial o el modo y plazo de tiempo de la comunicación entre ellas para renegociar, en su caso, los términos del contrato porque ambas partes, de una u otra manera, se verán afectadas si surge un impedimento al desarrollo normal del contrato.

51. De igual modo las partes también pueden regular otros aspectos como el tipo de garantías a aportar, quién soporta los costos derivados de la suspensión o bajo qué términos se puede ir, en su caso, hacia la terminación anticipada del art. 72⁹⁷ y resolver porque, como parte de esa comunicación entre las partes, es inteligente prever un plan de salida si se dan ciertos supuestos, definiendo cuándo y

definen principios y directrices sobre cómo abordar los cambios de circunstancias o el efecto que las mismas puedan tener en la ejecución del contrato.

⁹³ *Vid. supra* nota 80.

⁹⁴ *Vid.* IAN R. MACNEIL: *The new social contract* en *supra* nota 86 en p. 801, (*"The ultimate goal of the parties to a pure transaction is to bring everything from the past and everything from the future into the immediate present, i.e., a two way presentation."*)

⁹⁵ No olvidemos que detrás están la teoría sobre los contratos incompletos que les valieron el premio Nobel de Economía a Oliver Hart y Bengt Holmström en 2016.

⁹⁶ *Vide supra* nota 80 sobre el caso de los *"commodities"*.

⁹⁷ Por ejemplo, un vacío legal de la regulación de CISG que ha generado mucha discusión doctrinal es determinar hasta cuándo las partes tienen que estar en suspenso. Mediante la fijación de un plazo determinado, al estilo de lo que se suele hacer en las clausuras de fuerza mayor, las partes pueden decidir cuándo se puede terminar anticipadamente el contrato siguiendo el art. 72, así como los costos asociados a dicha terminación.

bajo qué circunstancias se terminará el contrato, y cómo se gestionará los derechos y obligaciones post terminación contractual.

52. El art. 71 se convierte así en una poderosa herramienta para gestionar de mutuo acuerdo, de un modo relacional, el riesgo de no ejecución del contrato más allá de la clásica manera transaccional.

V. Conclusión

53. Los redactores de CISG, buscando una regulación que fuese favorable al mantenimiento del contrato y a las prácticas negociales internacionales, promovieron de forma intencionada la colaboración de las partes para un correcto desarrollo del contrato. En particular, las reglas del incumplimiento previsible definidas en CISG junto a la libertad que la propia CISG otorga a las partes para modificarlas, son una poderosa herramienta para que las partes puedan, de forma previa a que ocurra una incertidumbre, gestionar de mutuo acuerdo cómo tratarla en mutuo beneficio. Esto lo pueden lograr usando el remedio de la suspensión del art. 71 CISG para eliminar los impedimentos que puedan surgir en la ejecución del contrato, o mediante una terminación anticipada vía arts. 72 y 73 CISG evitando una ejecución contractual potencialmente inútil para las partes. Esa gestión de las herramientas que el derecho proporciona (en este caso, a través de las reglas del incumplimiento previsible, y en especial el art. 71) es lo que, precisamente, las últimas teorías relacionales de los contratos proponen para que ambas partes consigan una mejora en el resultado económico de sus relaciones contractuales. Y, frente a las complejidades e incertidumbre en la aplicación de lo dispuesto en el art. 79 CISG que, en definitiva, sólo beneficiaría a una parte, suponen una manera más efectiva y eficiente de tratar con las situaciones inesperadas que puedan surgir en la vida de un contrato.

Marcas no tradicionales. Especial referencia a la marca patrón, la marca de posición y la marca de color*

Non-traditional marks. Special reference to the pattern mark, the position mark, and the colour mark

MARÍA DEL MAR MAROÑO GARGALLO

Profesora Titular de Derecho Mercantil

Universidad de Santiago de Compostela

ORCID ID: 0000-0003-1080-307X

Recibido:15.12.2022/Aceptado:17.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7551

Resumen: El carácter expansivo del Derecho de marcas se manifiesta, entre otros aspectos, en la gran variedad de signos cuyo registro se admite como marca. Este estudio se centra en tres tipos de signos que se caracterizan por integrarse o confundirse con la apariencia de los productos que designan: la marca patrón, la marca de posición y la marca de color; marcas en las que se manifiesta la tensión existente entre, por un lado, la decisión de dar respuesta al anhelo de los operadores por contar con instrumentos de diferenciación atractivos y, de otro, la necesidad de velar por mantener la libre disponibilidad en el mercado de determinados elementos para usos distintos de los marcarios. Con este presupuesto, y tras hacer una delimitación de estos tipos de marcas y de sus requisitos de representación, se revisan a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las prohibiciones absolutas de registro que constituyen el principal obstáculo para su protección como marca, así como el alcance de la protección jurídica que recibirán una vez registradas.

Palabras clave: Marca patrón, marca de posición, marca de color, representación, prohibiciones absolutas de registro, imperativo de la disponibilidad.

Abstract: One of the elements that shows the expansion of the trademark law is the great variety of signs whose registration is admitted as a trademark. This study focuses on three types of signs that are integrated or confused with the appearance of the products: the pattern mark, the position mark and the color mark. These types of marks are an excellent example of the tension between the desire of the economic operators to have attractive elements of differentiation and the need to ensure the free availability in the market of certain elements. Having this into account, we analyze the concept of these non-traditional trademarks and their representation requirements, the main absolute grounds for refusal and the scope of legal protection that they receive once registered.

Keywords: Pattern mark, Position mark, Colour mark, Representation, Absolute grounds for refusal, Requirement of availability.

Sumario: I. Introducción. II. Delimitación y representación. 1. La marca patrón. 2. La marca de posición. 3. El color como marca. III. La prohibición de registrar como marca signos carentes de carácter distintivo. 1. Consideraciones previas. 2. Signos que se confunden con la apariencia de los productos. 3. El carácter distintivo en las marcas de color. 4. La adquisición del carácter distintivo por el uso. IV. Signos constituidos exclusivamente por la “forma u otra característica”. V. Consideraciones sobre la infracción del derecho de marca. VI. Conclusión.

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2020-112707GB-I00, Moda y bienes inmateriales, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

I. Introducción

1. La percepción del consumidor medio no es la misma en el caso de una marca denominativa o figurativa que en el caso de otros tipos de marcas. Como consumidores, vemos una palabra o un logo sobre un producto o en relación con un servicio y fácilmente identificamos que debe tratarse de la marca; destacando la circunstancia de que esas marcas “tradicionales”, son signos independientes del producto que designan.

2. Sin embargo, en el Derecho de la UE se reconoce la posibilidad de proteger como marca cualquier signo, siempre que sea apropiado para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas y poder ser representado conforme a las exigencias establecidas en la legislación vigente. En efecto, en el artículo cuarto, tanto del Reglamento (UE) 2017/1001 sobre la marca de la Unión Europea (RMUE), como de la Ley 17/2001 de marcas (LM) - incorporando lo establecido en la Directiva (UE) 2015/2436 (DM)¹- se señala, en un listado no cerrado, que podrán constituir una marca cualesquiera signos, especialmente las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, los colores, la forma del producto o de su embalaje, o los sonidos. Esa lista se enriquece aún más en la normativa de desarrollo², al regular la forma en que se ha de representar cada tipo de marca, aludiendo junto a las anteriores a la marca de posición, la marca patrón, la marca de movimiento, la marca multimedia o la marca holograma; así como con la previsión específica de que puede haber marcas no comprendidas en los supuestos anteriores, dejando la puerta abierta a que otro tipo de signos puedan cumplir las exigencias de aptitud diferenciadora y representación antes reseñadas. Si tomamos como referencia la industria de la moda, por ejemplo, esto implica que puede pretenderse registrar como marca, no sólo los tradicionales signos denominativos o figurativos, sino también signos tales como un bordado situado en determinado lugar de un pantalón (por ejemplo, un bolsillo), un color en sí o una combinación de colores, o un conjunto de elementos figurativos que se repiten extendiéndose por toda la superficie de los productos como si de una tela se tratara (bolsos, maletas, etc.), la forma de un determinado producto (por ejemplo, el frasco de un perfume), una melodía, un clip con imagen y sonido, etc.

3. Como se puede observar, esto implica una expansión del Derecho de marcas que permite establecer derechos de exclusiva sobre elementos que, en un principio, pudieron parecer ajenos a su ámbito; pero a los que, con la evolución en las prácticas comerciales, se ha ido dando acceso. Este planteamiento no restrictivo, por lo demás, no sólo se acoge en el derecho de marcas de la UE. Basta tener presente que el artículo 15.1 del Acuerdo de los ADPIC establece también un listado abierto de signos registrables. Y la tendencia a permitir la protección de marcas no convencionales se observa en los trabajos realizados en el seno de la OMPI y convenios como el Tratado de Singapur sobre Derecho de Marcas³.

4. Si partimos de que el consumidor medio, con carácter general, percibe de forma más inmediata como marca un signo denominativo o figurativo, la pregunta que surge es por qué era necesario permitir la protección a través de este instituto de un abanico tan amplio de signos. A favor de ese reconocimiento se sitúan las necesidades o exigencias que se derivan de un mercado que busca nue-

¹ Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.

² Vid. el artículo 3 del Reglamento de ejecución (UE) 2018/626 de 5 de marzo de 2018 (RERMUE), así como en el artículo 2 del Reglamento de la LM (RLM), en lo que respecta a nuestra marca nacional; con una regulación prácticamente idéntica en ambos cuerpos legales.

³ Vid., OMPI, “Nuevos tipos de marcas”, SCT/16/2, 1 de septiembre de 2006; OMPI, Comité permanente sobre el derecho de marcas, diseños industriales e indicaciones geográficas, “Informe”, SCT/16/9, 27 de mayo de 2007; OMPI, “Marcas no tradicionales: enseñanzas destacadas”, SCT/18/2, 31 de octubre de 2007; D. Croze, «Making a Large Universe Visually Perceptible The Development of Non- Traditional Trademarks in WIPO Treaties», en: I. CALBOLI/ M. SENFTLEBEN, *The protection of non-traditional trademarks. Critical perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 13-35; M. HÖPPERGER, “International Developments on Non-traditional Trademarks”, en: E. DE WERRA (Ed.), *Marques 3D et autres marques non-traditionnelles = 3D trademarks and other non-traditional trademarks*, Genève, Schulthess, 2019, pp. 59-68.

vas fórmulas para atraer a los consumidores, un mercado que es cada vez más competitivo y donde la marca juega un papel fundamental a nivel publicitario, de promoción y condensador del aprecio del público⁴. Se llega a señalar que se busca que la marca tenga el potencial de constituir un producto en sí mismo y un activo central del negocio⁵. La cuestión es cómo conjugar de forma equilibrada esa necesidad de contar con una rica gama de opciones de diferenciación con la exigencia de restringir la libre competencia sólo en la medida necesaria. Y es que cabe preguntarse en qué medida debe admitirse que sean reservados con carácter permanente (dada la posibilidad de renovar reiteradamente el registro de la marca) determinados elementos que quizás deberían estar libres para su uso por parte de los restantes operadores.

5. Para examinar cómo el derecho de marcas da respuesta a esta problemática en este trabajo me voy a centrar en tres tipos concretos de marcas no convencionales: la marca de posición, la marca patrón y la marca de color. Para ello, tras hacer una delimitación de este tipo de marcas y de sus requisitos de representación, se examinarán las prohibiciones absolutas de registro que constituyen el principal obstáculo para su protección como marca, para valorar a continuación el alcance de la protección jurídica que recibe la marca una vez registrada; todo ello a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Finalmente, terminaremos el trabajo con una breve conclusión.

II. Delimitación y representación

6. Es en la normativa de desarrollo -el Reglamento de ejecución (UE) 2018/626, en el caso de las marcas de la Unión, y en el Reglamento de la LM⁶ -donde se nos ofrecen las pautas para delimitar estos tres tipos de marcas; y se hace con ocasión de fijar los respectivos requisitos de representación. Como es sabido, en la reforma operada en el Derecho de marcas de la Unión en el año 2015 se estableció -en sustitución del requisito de la representación gráfica- la necesidad de que el signo que se pretenda registrar, además de aptitud diferenciadora, sea apropiado para ser representado en el registro de marcas pertinente de manera tal que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar “el objeto claro y preciso” de la protección otorgada a sus titulares (artículo 4 del RMUE y la LM, y artículo 3 de la DM). Con esta modificación, se ha facilitado el uso de los soportes que permiten las nuevas tecnologías para representar los signos cumpliendo los requisitos de precisión y claridad requeridos, de conformidad con las exigencias que ya había precisado el Tribunal de Justicia en su sentencia de 12 de junio de 2002⁷.

7. La representación adecuada es fundamental ya que define el objeto del registro, y determina lo que ha de ser objeto de valoración por las autoridades competentes para verificar que el signo no esté incurso en ninguna de las prohibiciones de registro establecidas. Además, es esa representación la que permitirá delimitar cuándo la conducta de un tercero implica una violación del derecho de marca, pues a tal efecto lo que se tomará en consideración es la marca tal y como ha sido registrada, confrontándola

⁴ M. AREÁN LALÍN, “Artículo 4. Signos que pueden constituir una marca”, en: A. CASADO CERVIÑO/M.L. LLOBREGAT HURTADO, *Comentarios a los reglamentos sobre la marca comunitaria*, I, Alicante, Universidad de Alicante, 1996, pp. 41 a 49 (48)

⁵ Se señala que, con este propósito, las marcas denominativas y figurativas tradicionales se complementan con otras no tradicionales que a menudo son más abstractas y conceptuales. Vid. I. CALBOLI/ M. SENFTLEBEN, «Introduction», en: I. CALBOLI/ M. SENFTLEBEN, *M. The protection of non-traditional trademarks. Critical perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 2.

⁶ En el artículo 3 del RERMUE (en relación con las marcas de la Unión) y en el art. 2 del RLM (en lo que atañe a las marcas registradas conforme a la LM). Vid. así mismo la *Comunicación común sobre la representación de nuevos tipos de marcas*, de la EUIPN (European Unión Intellectual Property Network), en el cual se alude a la colaboración desarrollada entre la EUIPO y las Oficinas de propiedad industrial de los Estados miembros para que las disposiciones del RMUE y de la DM se apliquen de forma armonizada. Si bien el documento carece de efectos legales vinculantes, es un reflejo de hacia dónde va la práctica en las distintas oficinas. El documento es accesible en (último acceso: 1 de junio de 2022): https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/about_euipo/who_we_are/common_communication/common_communication_8/common_communication8_es.pdf

⁷ STJ de 12 de diciembre de 2002, *Sieckman*, C-273/00, ECLI:EU:C:2002:748, ap. 48 y ss.

con los signos empleados por el tercero. Esta circunstancia la han tenido que recordar en alguna ocasión nuestros tribunales; así nuestro Tribunal Supremo en una sentencia del año 2016 y ante la pretensión de comparar un producto (una fregona) con el del tercero, como si la marca fuese tridimensional, cuando en realidad la marca estaba registrada como un signo figurativo de carácter bidimensional, consistente en la vista frontal de un mocho de fregona⁸. Aplicado esto a las marcas que aquí nos ocupan, implica que, por ejemplo, no se puede registrar una marca de posición como marca de posición y posteriormente pretender que el lugar donde se ubique el signo, en una comparación de conjunto, tenga la misma consideración que si el registro se hubiese realizado como marca figurativa.

8. En la solicitud de registro se ha de señalar el tipo de marca que se solicita⁹ y representar la marca de forma acorde a la naturaleza del respectivo signo, conforme a las pautas que pasamos a detallar.

1. La marca patrón

9. La marca patrón se define como aquella constituida exclusivamente por un conjunto de elementos que se repiten periódicamente¹⁰. Se puede afirmar, en este sentido, que la marca patrón es un motivo de superficie. Los elementos que la componen normalmente son de carácter figurativo, y pueden consistir no sólo en dibujos, sino también incluir letras, números, etc. Así las cosas, es una marca sin contornos en el sentido de que puede extenderse por toda o parte de la superficie sobre la que se aplique, con independencia de la forma que posea el objeto en que esté integrada. Se establece entonces una clara diferencia con la marca figurativa dado que esta es finita, es decir, va a estar claramente delimitado su contorno.

10. Por lo demás, la marca patrón puede servir para designar tanto productos como servicios. En el primer caso, la marca podrá usarse sobre los propios productos o su envase, así como en la publicidad de estos. Cabe imaginar, así, desde bolsos o prendas de ropa en cuyos materiales textiles se reproduce la marca extendiéndose por toda a parte de la superficie del producto, a productos de papelería, menaje, etc.; casos en los que la marca se integrará usualmente en la apariencia del propio producto. Y si la marca se registra para diferenciar servicios, su uso podrá producirse en instalaciones, folletos, ropa de trabajo, etc.

11. La representación de la marca patrón ha de hacerse mediante una reproducción que muestre el patrón de repetición; reproducción que podrá presentarse en formato electrónico o en una hoja Din A4, cumpliendo las especificaciones que fija la normativa de desarrollo¹¹. De forma opcional, la representación podrá ir acompañada de una descripción en la que se detalle cómo sus elementos se repiten periódicamente. En cualquier caso, de aportarse una descripción, esta ha de concordar con la representación y no extender su ámbito de protección.

⁸ Vid. el fundamento jurídico 3º, ap. 10, de la STS de 25 de febrero de 2016, ECLI ES:TS:2016:627; y en similar sentido el fundamento 5º, ap. 23 de la SAP de Barcelona de 23 de abril de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:4681).

⁹ Una vez presentada la solicitud, el solicitante puede reducir la lista de productos o servicios para los que se solicita la marca pero, conforme al art. 49.1 RMUE, la solicitud “solo podrá ser modificada, a instancia del solicitante, para rectificar el nombre y la dirección del solicitante, faltas de expresión o de transcripción o errores manifiestos, siempre que tal rectificación no afecte sustancialmente a la marca ni amplíe la lista de productos o servicios”, y la modificación del tipo de marca solicitada se ha calificado como una modificación que afecta sustancialmente a dicha marca bajo la consideración de que la nueva calificación afecte al análisis de su carácter distintivo [vid. el ap. 15 de la STG de 9 de diciembre de 2010, *Fédération internationale des logis*, T-329/09 (ECLI:EU:T:2010:510); así como el ap. 17 de la STG de 28 de enero de 2015, *Enercon*, T655/13, (ECLI:EU:T:2015:49)]. Vid. asimismo el art. 23.2 LM.

¹⁰ Art. 3.3, e) del RERMUE.

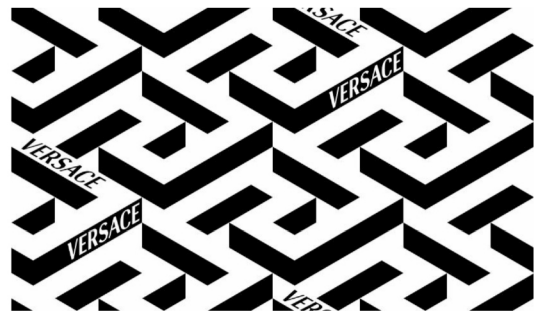
¹¹ Vid. el art. 3.3, e) y apartados 5 y ss. del RERMUE, así como la Decisión nº EX-20-9 del Director ejecutivo de la EUIPO, de 3 de noviembre de 2020, relativa a la comunicación por medios electrónicos, por lo que se refiere a las marcas de la Unión. Y el art. 2, apartado 3, e) y 5 y ss. del RLV en lo que atañe a nuestras marcas nacionales, así como la Resolución de 9 de enero de 2019 del Director de la OEPM por la que se especifican las condiciones generales, requisitos, características técnicas y formatos para la presentación electrónica de los distintos tipos de marcas.

12. Por ejemplo, en el buscador del sitio web de la EUIPO, puede verse que está registrada, entre otras, la siguiente marca patrón:

Nº de presentación: 018417948

Clasificación de Niza: 3,9,14,18,25

Descripción: “La marca consiste en una serie de meandros (también llamados “greche”), en concreto, una serie de formas rectangulares de trazo continuo plegadas sobre sí mismas para formar ángulos rectos repetidos. El contraste blanco/negro permite conferir la impresión de tridimensionalidad a la figura. El texto “Versace” está presente en algunas partes del motivo”



2. La marca de posición

13. En el caso de la marca de posición, esta es delimitada como “aquella consistente en la manera específica en que la marca se coloca o figura en el producto”¹². Se trata, por consiguiente, de un signo que se ubica en un lugar concreto de un producto, siendo ese lugar de colocación un elemento inherente a la calificación de la marca. De hecho, el signo puede ser un elemento figurativo (por ejemplo, un dibujo), tridimensional (por ejemplo, un botón o el cierre de una botella¹³) o incluso un color; lo relevante es que se trate de un signo que sea apto para que se pueda “colocar” o “figurar” en el producto. No en vano, la jurisprudencia ha destacado que las marcas de posición están cerca de las categorías de marcas figurativas y tridimensionales, ya que se relacionan con la aplicación de elementos figurativos o tridimensionales a la superficie de un producto¹⁴.

14. Lo usual es que la marca de posición se coloque o sitúe sobre el propio producto para el que se solicita el registro, siendo por tanto un signo que parece especialmente llamado a distinguir productos (signos que se colocan en un lugar determinado de unas zapatillas deportivas, en la manga de una chaqueta, etc.). No obstante, no cabe excluir que una marca de posición también pueda solicitarse para designar servicios. Lo relevante es que se determine claramente la posición concreta de la marca sobre un producto, como así sucede en el supuesto sobre el que versa la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de octubre de 2020¹⁵, en el que el signo se sitúa en determinada posición sobre los vehículos con los que se va a prestar el servicio de transporte para el que se registra la marca.

15. Se observa, en cualquier caso, que este tipo de marca, al menos cuando se usa para distinguir productos, presenta también la característica de integrarse en la apariencia del producto que designa.

16. En el caso de la marca de posición su propia naturaleza (compuesta por el signo y su posición sobre el producto) exige que este tipo de marca haya de ser representada por una reproducción que identifique adecuadamente cuál es la ubicación de la marca, así como el tamaño o proporción del

¹² Vid. art. 3.3, d) del RERMUE así como el artículo 2.3, d) del RLM. Con todo, ya antes de que en la normativa de desarrollo se hablase expresamente de la marca de posición, se venía aceptando el registro de este tipo de marcas -dado el carácter abierto del listado de signos que pueden constituir una marca- siendo registradas bajo el paraguas de otro tipo con el presentan cierta afinidad (como, por ejemplo, las marcas figurativas) o directamente como “otra marca”. Vid. la STG de 15 de junio de 2010, *X Technology Swiss*, T-547/08, ECLI:EU:T:2010:235, ap.19; la STG de 14 de marzo de 2014, *Lardini*, T-131/13, ECLI:EU:T:2014:129; o los ap. 34, 43 y 44 de la STG de 17 de enero de 2018, *Deichmann*, T-68/16 (ECLI:EU:T:2018:7).

¹³ Vid., por ejemplo, la STG de 16 de enero de 2019, *Windspiel*, T-489/17, (ECLI:EU:T:2019:9), en la que el signo que se solicitaba se describe como marca de posición tridimensional, aunque finalmente se denegó el registro por entender que el signo carecía de carácter distintivo.

¹⁴ Ap. 37 del Auto del Tribunal General de 2 de junio de 2021, *Birkenstock*, T-365/20, ECLI:EU:T:2021:319.

¹⁵ STJ de 8 de octubre de 2020, *Aktiebolaget Östgötatrafiken*, C-456/19 (ECLI:EU:C:2020:813).

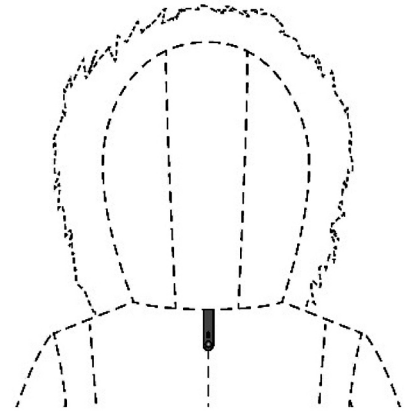
signo en relación con los productos sobre los que va a ir situada. En dicha representación ha de quedar claro qué elementos no forman parte de la marca y, por tanto, de la solicitud de registro. Es por eso que se exige que tales elementos sean ignorados visualmente, preferiblemente a través de la utilización de líneas discontinuas o punteadas. Al igual que ocurre en el caso de la marca patrón, y a fin de ayudar a una mejor comprensión de esa representación, se permite que se adjunte una descripción en la que se detalle la forma en que se coloca el signo sobre los productos; descripción que deberá estar acorde con la representación y no exceder de su ámbito de protección¹⁶.

17. Por ejemplo, en la página web de la EUIPO, puede verse que está registrada como marca de posición de la Unión, por ejemplo, la siguiente:

Nº de presentación: 017995797

Clasificación de Niza: 25

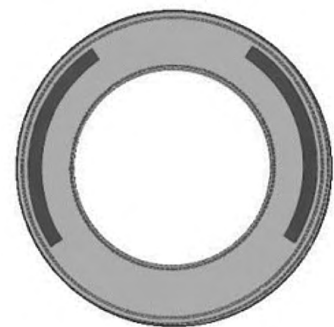
Descripción: “La marca representa una lengüeta situada en el centro del cuello, en la que figura la letra “M”, adornada en la parte superior con una forma de rombo y debajo con una forma de azucena inversa. Justo debajo de la forma “M” adornada figura un botón metálico fijo”



18. Como puede observarse, la representación del producto con líneas discontinuas sólo busca determinar el lugar donde va colocado el signo. Evidentemente la figura elegida no predetermina que luego el signo sólo se pueda emplear en productos que tengan exactamente el mismo diseño que el reproducido con líneas discontinuas. Pero sí es preciso que en todos los productos para los que se use se pueda respetar la posición de la marca tal y como resulta de la representación efectuada en la solicitud.

19. En efecto, la estrecha vinculación en este tipo de marcas entre el signo y su ubicación sobre el producto determina que sólo se pueda conceder la marca respecto a productos en los que sea posible que el signo se sitúe en el lugar preestablecido. Así se observa, por ejemplo, en una sentencia del Tribunal General de 4 de julio de 2017, en la que se valora una solicitud de marca de posición para productos de la clase 12 del nomenclátor internacional («Neumáticos, cauchos, flejes y cubiertas sólidas, semi-neumáticas y neumáticas para ruedas de vehículos»), representada como sigue:

y con la siguiente descripción: “Es una marca de posición, que consta de dos bandas arqueadas con un desarrollo circunferencial sustancialmente igual fijado a las paredes laterales del neumático”. A la vista de la solicitud presentada, razona el Tribunal que la marca adopta la forma de un dibujo destinado a ser fijado en una parte de los neumáticos, coincide con la forma circunferencial de estos y será difícil disociarlo de los neumáticos. Por ello, aunque se haya reivindicado la protección de productos adicionales (en ese caso, flejes y cubiertas para ruedas de vehículos), el signo para el que se solicita el registro se limita necesariamente a los neumáticos, estando adheridos a estos, y no a ningún otro producto, siendo “una consecuencia directa de la naturaleza de la marca solicitada, a saber, una “marca de posición” colocada en el flanco de un neumático”¹⁷.



¹⁶ Artículo 3, apartado 3, d) y 5 y ss. del RERMUE y artículo 2, apartado 3, d) y 5 y ss. del RLM. Esa representación se podrá hacer también en formato electrónico, *vid.* al respecto las referencias señaladas *supra* en la nota al pie nº 11.

¹⁷ STG de 4 de julio de 2017, *Pirelli*, T-81/16, ECLI:EU:T:2017:463, ap. 24.

3. El color como marca

20. La marca de color es aquella que consiste en un color, o en una combinación de colores, pero sin contornos. Es decir, el color en sí. Se trata de un tipo de signo que no está delimitado en el espacio por la forma (a diferencia de las marcas tridimensionales) o los contornos (como ocurre con las marcas figurativas)¹⁸. De esta suerte ese color o combinación de colores podría utilizarse, en principio, sobre toda o parte de la superficie de los elementos de que se trate, con independencia de la forma de estos.

21. La primera pregunta que surge es si un color o una combinación de colores puede ser considerado un signo con aptitud diferenciadora; esto es, si puede ser percibido por el público pertinente como un signo, y no como un elemento meramente decorativo o funcional. No en vano, el color es una propiedad de las cosas perceptible por el sentido de la vista. Nuestro mundo está lleno de color, al menos para las personas que no son invidentes. Un color puede transmitir al receptor mensajes tales como alegría o tristeza, e influir en cómo vemos de atractivo lo que nos rodea. No es de extrañar, pues, que los operadores del mercado utilicen de forma natural el color no ya, como es lógico, al diseñar la apariencia de sus productos, o de las instalaciones donde prestan sus servicios, sino en sus actividades publicitarias.

22. Por lo demás hablamos de un derecho de exclusiva, por lo que cabe cuestionarse si es procedente el reconocimiento de un derecho de marca sobre un color, dada la necesidad de que el uso de los colores esté disponible para todos los operadores económicos. Y es que aunque la paleta de colores, con sus distintas tonalidades, puede ser bastante amplia, la capacidad del público para percibir con detalle en el mercado las diferencias entre una pluralidad de tonos es limitada. Esto último tiene una incidencia esencial si la marca es concedida, dado que el derecho de marca permite al titular impedir el uso del signo protegido por parte de terceros en el tráfico también en caso de signos similares cuando exista un riesgo de confusión por parte del público y prevé, además, una específica protección en el caso de que la marca sea renombrada. Puede afirmarse entonces que existe un interés público en que los colores estén disponibles para su libre uso por todos los participantes en el mercado.

23. Sin embargo, y pese a las anteriores consideraciones, hoy no hay duda de que se admite el registro de un color como marca. Es cierto que cuando el Acuerdo de los ADPIC mencionaba ya expresamente entre los signos que pueden registrarse como marca «las combinaciones de colores» (el acuerdo se adoptó en el año 1994, y entró en vigor en enero de 1995), la normativa de la UE coetánea aún no mencionaba expresamente el color o colores como signo registrable. Sin embargo, esto no significa que lo impidiese, dado al carácter ejemplificativo del listado de signos en que podía consistir una marca, establecido tanto en la DM como en el entonces Reglamento sobre la marca comunitaria (RMC)¹⁹. De hecho, en el año 2002 el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de valorar si un color por sí solo podía constituir una marca en el sentido del artículo 2 de la Directiva de marcas (analizando, la Directiva 89/104/CEE). En su análisis, el Tribunal de Justicia parte de considerar que usualmente un color es una propiedad de las cosas y no puede presumirse que por sí solo constituya un signo. Sin embargo, aprecia que es posible que, en función del contexto en que se utilice, un color pueda constituir un signo en relación con un producto o servicio, por lo que no puede excluirse que existan situaciones en las que un color por sí solo pueda servir de indicación de origen de los productos o de los servicios de una empresa²⁰. Y en tales casos será posible proteger como marca un solo color o una combinación de colores. Con este

¹⁸ Ap. 86 de la STG de 30 de noviembre de 2017, *Red Bull*, T-101/15 y T-102/15, ECLI:EU:T:2017:852; ap. 48 de la STJ de 29 de julio de 2019, *Red Bull*, C-124/18 P (ECLI:EU:C:2019:641)

¹⁹ En aquel entonces, respectivamente, la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, y el Reglamento (CE) n° 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria. En cambio, la Ley española de marcas en su art. 11. 1, g) aún recogía una prohibición absoluta de registro relativa al color por sí solo, salvo que estuviese delimitado por una forma determinada. *Vid.* sobre la evolución normativa al respecto, GARCÍA PÉREZ, RAFAEL, *La expansión del derecho de marca. De la marca como indicación de la procedencia empresarial a la multifuncionalidad jurídica de la marca*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 34 y ss.

²⁰ *Vid.* los aps. 23, 27 y 39 y ss. de la STJ de 6 de mayo de 2003, *Libertel*, C-104/01 (ECLI:EU:C:2003:244).

presupuesto, cuando en el año 2015 se modifica la normativa de la UE en materia de marcas -tanto en el ámbito de la marca de la Unión como de la Directiva de marcas-, se incluye expresamente en el listado ejemplificativo de signos que pueden constituir una marca “los colores”.

24. En definitiva, se admite que un color en sí, o una combinación de colores, puedan ser considerados un signo registrable como marca. Y de forma similar a lo que ocurre con la marca patrón y la marca de posición, si tal marca se utiliza para diferenciar productos es más que probable que se integre en la propia apariencia de estos.

25. Cuando la marca esté constituida por un color sin contornos, ha de representarse mediante una reproducción del color y una indicación de dicho color por referencia a un código de color generalmente reconocido²¹. La utilización de una referencia a un código generalmente conocido es fundamental para conseguir el objetivo de que la marca sea representada “de forma que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular”. Ya no sólo porque cómo percibimos un color puede variar de una persona a otra, sino porque al imprimirlo en materiales de diversa textura, por fallos en la impresión, etc. el color utilizado puede ir variando ligeramente en la práctica. De ahí que, a efectos de determinar de forma clara y precisa la extensión del derecho de exclusiva del titular de la marca, es fundamental esa determinación precisa por referencia a un código de color generalmente reconocido.

26. Así en la base de datos de la página web de la EUIPO figuran como registradas, por ejemplo, marcas de color como las siguientes:

Nº de presentación: 000773630

Clasificación de Niza: 42 (asesoramiento técnico y empresarial en el sector del cultivo de plantas, en particular del ramo de las semillas)

Descripción: Marca de colores.

Color: Naranja (HKS7).



Nº de presentación: 003425311

Clasificación de Niza: 7 (Martillos perforadores para profesionales del ramo de la construcción; maletas para transportar y almacenar martillos perforadores para profesionales de la construcción, en particular de metal o plástico.)

Color: Rojo RAL 3020

Adquisición de carácter distintivo: sí



27. El Derecho europeo y nacional de marcas no exige que se describa de forma precisa cómo se va a usar la marca, pues se solicita el color tal cual, sin contornos²². No obstante, es posible que el color se solicite para una zona determinada del producto y en tal caso la marca de color puede llegar a confluir con otro tipo de marca, cual es el de la marca de

²¹ Vid. el art. 3, apartado 3, f) y 5 y ss. del RERMUE y el art. 2, apartado 3, f) y 5 y ss. del RLM. Esa representación se podrá hacer también en formato electrónico, *vid.* al respecto las referencias señaladas *supra* en la nota al pie n° 11.

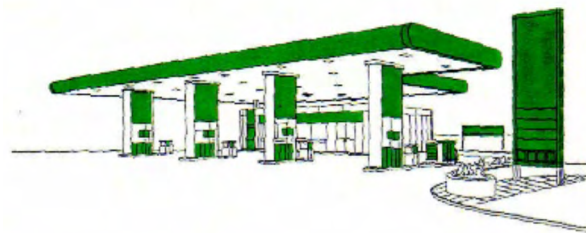
Antes de la reforma introducida en el art 4 -tanto del RMUE como de la LM-, la marca de color tenía que cumplir el requisito de la representación gráfica lo que ya llevó a la jurisprudencia a tener que pronunciarse sobre cuándo se podía entender cumplido; señalando, en particular, que si bien no se cumpliría con una simple reproducción en papel del color de que se trate (ya que no cabe descartar que la muestra de color se deteriore con el paso del tiempo), sí lo haría mediante la designación de este color con un código de identificación internacionalmente reconocido. Vid. los ap. 28 y ss. y, en particular, el ap. 38, de la STJ de 6 de mayo de 2003, *Libertel*, C-104/01.

²² Vid. el ap. 38 de la STG de 28 de enero de 2015, *Enercon*, T-655/1, en la que el TG aduce que la demandante intenta, en vano, aplicar los criterios de apreciación de los signos figurativos al signo solicitado.

posición. Por ejemplo, si la marca consiste en un determinado color aplicado en la suela de un zapato, en cuya representación el contorno del zapato no forma parte de la marca ya que su única finalidad es poner de relieve la posición del signo²³. En cualquier caso, tal supuesto no se ha de confundir con el de una marca figurativa ya que la marca de color se extendería sin contornos por toda la zona de referencia, con independencia de la forma concreta que dicha zona presente²⁴.

28. Y también es posible que el solicitante acote a dónde se extiende su derecho de exclusiva. Así, por ejemplo, en la base de datos de la EUIPO figuran casos como el de la marca de color, número 000001991, registrada para productos o servicios de las clases 4 y 37 de la Clasificación del Arreglo de Niza, con la siguiente representación gráfica:

y la siguiente descripción: “La marca consiste en el color verde Pantone 348C aplicado a la superficie exterior de las instalaciones utilizadas para la venta de los productos y servicios”. Haciendo constar que “El registro de la marca no conlleva el derecho exclusivo de uso del color verde en relación con surtidores, boquillas y mangueras usados en el suministro de gasolina sin plomo”.



29. Cuando la marca esté constituida por una combinación de colores sin contornos, la representación se ha de hacer mediante la presentación de una reproducción que muestre la disposición sistemática de la combinación de los colores de manera uniforme y predeterminada; así como, nuevamente, con una indicación de esos colores por referencia a un código de color generalmente reconocido. Por lo demás, de forma facultativa, podrá presentarse una descripción detallada de la disposición sistemática de los colores, que deberá concordar con la representación y no extender su ámbito de protección.

30. Por ejemplo, en la base de datos de la página web de la EUIPO figura como registrada la siguiente marca de color:

Nº de presentación: 000063289

Clasificación de Niza: 7 (Máquinas de trabajo agrícolas y forestales remolcadas, empujadas o autopropulsadas.), 12 (Máquinas de trabajo agrícolas y forestales autopropulsadas, en particular tractores agrícolas, pequeños tractores, tractores para césped y remolques.)

Descripción: La superestructura o cuerpo del vehículo es verde, las ruedas son amarillas.

Color: Verde: Munsell 9.47 GY3.57/7.45; Amarillo: Munsell 5.06 Y7.63/10.66



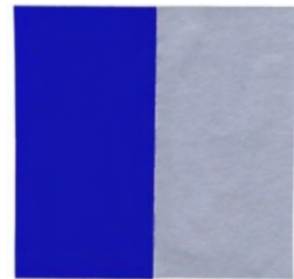
31. El cumplimiento del requisito de que la reproducción muestre “la disposición sistemática de la combinación de los colores de manera uniforme y predeterminada” es crucial puesto que es la forma de evitar la indefinición del objeto de la protección de la marca. En una sentencia de 24 de junio de 2004, el Tribunal de Justicia recordó que una representación de dos o más colores en todas las formas imaginables no reúne los requisitos para lograr determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada al titular de la marca. De ahí que haya de establecerse una disposición sistemática

²³ Vid. la marca sobre la que versa la STJ de 12 de junio de 2018, *Christian Louboutin*, C-163/16, ECLI:EU:C:2018:423.

²⁴ Ap. 16 de la STG de 28 de enero de 2015, *Enercon*, T-655/13; ap. 73 y 75 de la STG de 30 de noviembre de 2017, *Red Bull*, T-101/15 y T-102/15.

que asocie los colores de forma predeterminada y permanente²⁵. Fue precisamente ese el motivo que llevó a confirmar el rechazo de la solicitud de una marca formada por los colores empresariales de la solicitante (RAL 5015/HKS 47 – azul; RAL 1016/HKS 3 – amarillo), que se utilizan en todas las formas imaginables, en particular para envases y etiquetas.

32. Sobre esta misma exigencia se pronuncia el Tribunal General en su sentencia de 30 de noviembre de 2017, *Red Bull*, asuntos T-101/15 y T-102/15, que fue confirmada por el Tribunal de Justicia²⁶. El objetivo es impedir numerosas combinaciones distintas que no permitan al consumidor percibir y memorizar una combinación concreta. Razona, al respecto, el Tribunal que tal requisito responde a una triple necesidad: de un lado, que la marca pueda cumplir su función de indicación de origen siendo perceptible y reconocible por los consumidores cuando figura en los productos; de otro, dar seguridad jurídica, permitiendo a las autoridades competentes y operadores económicos conocer con claridad y precisión el signo protegido y los derechos de los terceros; así como, finalmente, dar cumplimiento a la exigencia de evitar restringir indebidamente la disponibilidad de los colores en las prácticas comerciales, creando monopolios en favor de una sola empresa²⁷. Con estos presupuestos, se considera que este requisito no se cumple en el caso de las dos marcas analizadas, solicitadas ambas para bebidas energéticas, y cuya distintividad se alegaba que había sido adquirida por el uso. En la primera, que se reproduce como sigue:



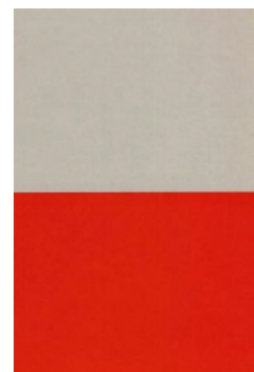
la reproducción se acompaña de la descripción: «La protección solicitada incluye los colores azul (RAL 5002) y plateado (RAL 9006). La proporción de los colores es de aproximadamente 50 %50 %». Mientras que, en la segunda, también reproducida como sigue:

con la indicación de los colores “azul (Pantone 2747 C), plateado (Pantone 877 C)”, la descripción era la siguiente: “Los dos colores se aplicarán en igual proporción y yuxtapuestos”. El Tribunal General confirma que las marcas impugnadas constituyen una mera yuxtaposición de dos colores sin forma ni contornos, que permite varias combinaciones distintas y que las descripciones no aportan precisiones adicionales sobre la disposición sistemática que asocie los colores de manera predeterminada y permanente. Hay que advertir, a mayor abundamiento, que la parte recurrente aportó, al alegar un carácter distintivo adquirido por el uso, pruebas donde la marca se reproducía de maneras muy diferentes respecto a la representación gráfica aportada.



33. Esa falta de precisión, por el contrario, no se consideró presente en el asunto sobre el que versó una Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2021²⁸. La marca objeto de valoración era una combinación de los colores como tal, naranja (RAL 2010) y gris (RAL 7035), para motosierras (producto correspondiente a la clase 7 en el sentido del Arreglo de Niza) representada de la siguiente manera:

y con la siguiente descripción: “La parte superior de la carcasa de la motosierra es naranja y la parte inferior de la carcasa de la motosierra es gris”. En este caso, el Tribunal General consideró que, aunque la muestra de los dos



²⁵ Vid. los apartados 33 y 34 de la STJ de 24 de junio de 2004, *Heidelberger*, C-49/02, (ECLI:EU:C:2004:384).

²⁶ STG de 30 de noviembre de 2017, *Red Bull*, T-101/15 y T-102/15 (ECLI:EU:T:2017:852) y STJ de 29 de julio de 2019, *Red Bull*, C-124/18 P (ECLI:EU:C:2019:641).

²⁷ Aps. 55 y 56 de la STG de 30 de noviembre de 2017, *Red Bull*, T-101/15.

²⁸ Ap. 24 de la STG de 24 de marzo de 2021, *Andreas Stihl*, T-193/18, ECLI:EU:T:2021:163.

colores definidos mediante dos códigos de identificación no está, como tal, provista de contornos que les den una forma particular, la descripción aclara que la marca adopta la forma de una parte de un determinado producto, entendiéndose así cumplida la exigencia de una reproducción adecuada.

34. Así las cosas, en este tipo de marca, aunque lo que se protege es la combinación de colores, sin forma ni contornos, lo cierto es que se exige una representación que defina perfectamente el objeto de la protección. Esto se traduce en que la representación gráfica o la descripción que la acompañe muestren “los matices precisos de los colores de que se trate, la proporción en que se encuentran, así como su disposición en el espacio”²⁹. En la representación, ayudada en su caso con la descripción, ha de contenerse una determinación concreta de cómo se va a utilizar sobre los productos o servicios de que se trate, abriendo un abanico de posibilidades que las autoridades competentes deberán valorar caso por caso para determinar si esto se cumple.

35. Esta exigencia contrasta con lo establecido respecto a la marca constituida por un único color porque, aunque esa determinación se puede hacer al describir y representar la marca, como tal la normativa no la pide. Así las cosas, aunque en el caso de la marca compuesta por una combinación de colores el objetivo sea evitar que se reserven todas las combinaciones posibles de tales colores, esa delimitación también fija y limita cómo es la combinación concreta que se protege (por ejemplo, si se registran los colores verde y amarillo para tractores, al señalar que el vehículo es verde y las ruedas amarillas). Y esto, salvo que también se haga esa delimitación en la solicitud, no ocurre con la marca constituida por un único color, que podrá ser utilizada en relación con los productos o servicios sin estar predeterminada por esa acotación previa.

36. Por lo demás, la representación debe coincidir con la caracterización del tipo elegido, evitando que se produzca una contradicción “que impida la determinación exacta del objeto y del alcance de la protección solicitada”, lo que también podrá determinar el rechazo de la solicitud de registro por falta de claridad y precisión³⁰. Así ocurrió por ejemplo, en el asunto examinado en la sentencia del Tribunal General de 14 de junio de 2012, en la que el Tribunal tuvo que pronunciarse respecto a una solicitud como marca de color para productos de la clase 28 (“Juegos, juguetes y rompecabezas, rompecabezas tridimensionales, juegos electrónicos; juegos electrónicos portátiles”) de un signo que se representaba de la siguiente forma:

con la indicación de una referencia de los distintos colores y una descripción de la marca.



En la sentencia se concluye que la descripción aportada pretendía, en realidad, describir la disposición sistemática de los colores utilizados en el cubo de Rubik. Sin embargo, la marca se considera inadmisibles para el registro por el modo confuso y contradictorio en que los distintos elementos fueron mencionados y combinados, y la incompatibilidad de la combinación resultante con el concepto de marca de color como tal³¹.

III. La prohibición de registrar como marca los signos carentes de carácter distintivo

1. Consideraciones previas

37. El hecho de que un signo cumpla las condiciones para ser considerado marca patrón, marca de posición o marca de color no implica que pueda ser registrado como marca en relación con unos

²⁹ Ap. 85, 87 y 96 de la STG de 30 de noviembre de 2017, Red Bull, T-101/15 y T-102/15.

³⁰ Ap. 40 STJ de 27 de marzo de 2019, Procedimiento incoado por *Oy Hartwall Ab.*, C-578/17 (ECLI:EU:C:2019:261), aplicando la DM.

³¹ Vid. el ap. 67 de la STG de 14 de junio de 2012, *Seven Towns*, T-293/10 (ECLI:EU:T:2012:302)

determinados productos o servicios. Como es sabido, es preciso que no esté incurso en ninguna de las prohibiciones de registro que establece la normativa sobre marcas. De entre todas las prohibiciones absolutas de registro, la que presenta mayor incidencia práctica y litigiosidad en el caso de las tres marcas aquí examinadas es la prohibición relativa a imposibilidad de registrar signos que *ab initio* “carezcan de carácter distintivo” regulada en el artículo 7.1, b) RMUE, y en el artículo 5.1, b) LM [en consonancia con lo dispuesto en el art. 4.1, b) DM].

38. El Tribunal de Justicia reiteradamente ha señalado que el concepto de interés general que subyace en este motivo de denegación absoluto de registro se confunde claramente con la función esencial de la marca; esto es, garantizar al consumidor o usuario final la identidad del origen del producto o servicio designado, permitiéndole distinguir sin posible confusión este producto o este servicio de los que tienen otra procedencia³². Se afirma así que el carácter distintivo de una marca, en el sentido de esta prohibición de registro, se traduce en que el signo cuyo registro se solicita permite identificar que el producto o servicio de que se trata procede de una sociedad determinada y, por tanto, distinguirlo de los de otras empresas³³.

39. Para determinar si un signo cumple esa función deberá realizarse una valoración de conjunto de los distintos elementos concurrentes y, en especial, han de tenerse presentes los productos o servicios para los que pretende ser registrado, así como la percepción que del signo tenga el público relevante y que está constituido por el consumidor medio de dichos bienes o servicios, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz³⁴. Se parte de que basta con que un signo posea un mínimo de carácter distintivo para que no sea aplicable esta prohibición absoluta de registro³⁵; si bien es preciso que el signo parezca *a priori* apto para cumplir esa función de indicativo del origen empresarial³⁶.

2. Signos que se confunden con la apariencia de los productos

40. Aunque se insiste en que los criterios para apreciar la existencia de un carácter distintivo son los mismos en los distintos tipos de marcas, la jurisprudencia tiene presente que la percepción del consumidor medio no es necesariamente la misma en el caso de una marca que se confunde con la apariencia del producto, que en el caso de una marca denominativa o figurativa que consista en un signo independiente de dicha apariencia; y ello porque “el consumidor medio no suele presumir el origen comercial de los productos por su forma o por la de su envase, en ausencia de cualquier elemento gráfico o textual, (...)”³⁷. Con este presupuesto, se entiende que cuanto más se acerque el signo a lo que es común en ese sector, más probable será que este sea apreciado como un elemento decorativo o funcional del producto, carente de carácter distintivo. Así, esta doctrina jurisprudencial parte de considerar que tales signos sólo se consideran distintivos si difieren, de una manera significativa, de la norma o de los usos de ese ramo o sector. El signo deberá ser sustancialmente diferente de las formas básicas del producto de que se trate,

³² *Vid.*, entre otras, la STJ de 8 de mayo de 2008, *Eurohypo*, C-304/06 P, (ECLI:EU:C:2008:261), ap. 56; STG de 9 de septiembre de 2020, *Glaxo Group*, T-187/19 (ECLI:EU:T:2020:405), ap. 37 o el ap. 47 de la STG de 17 de noviembre de 2021, *Think Schuhwerk*, T-298/19, ECLI:EU:T:2021:792).

³³ *Vid.*, entre otras, la STJ de 29 de abril de 2004, *Procter Gamble*, C-473/01 P y C-474/01 P, ECLI:EU:C:2004:260, ap. 32; el ap. 42 de la STJ de 21 de octubre de 2004, *Erpo Möbelwerk*, C-64/02 P, ECLI:EU:C:2004:645; la STPI de 14 de septiembre de 2009, *Lange Uhren*, T-152/07, ap. 66, ECLI:EU:T:2009:324; o el ap. 34 y ss. de la STG (Sala Sexta) de 17 de noviembre de 2021, *Think Schuhwerk*, T-298/19.

³⁴ Entre otras, ap. 35 de la STJ de 29 de abril de 2004, *Henkel*, C-456/01 P y C-457/01 P (ECLI:EU:C:2004:258), el ap. 23 de la STJ de 22 de junio de 2006, *August Storck*, C-24/05 P (ECLI:EU:C:2006:421); o el ap. 32 de la STG de 14 de noviembre de 2019, *Neoperl*, T-669/18.

³⁵ *Vid.* STG de 16 de enero de 2014, *Margarete Steiff*, T433/12; STG de 26 de febrero de 2014, *Sartorius Lab*, T-331/12.

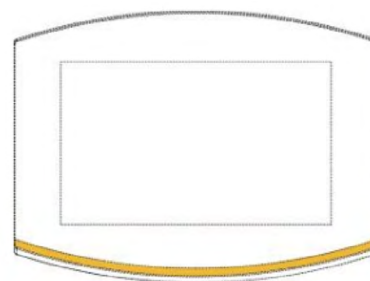
³⁶ STPI de 13 de junio de 2007, *IVG Immobilien*, T-441/05, ap. 55.

³⁷ *Vid.*, entre otras, la STJ de 7 de octubre de 2004, *Mag Instrument*, C-136/02 P, ap. 30 (ECLI:EU:C:2004:592); o la STJ de 4 de octubre de 2007, *Henkel*, C-144/06 P, ap. 36 (ECLI:EU:C:2007:577). Y, en casos donde se examinaba una marca de posición, el ap. 68 de la STPI de 14 de septiembre de 2009, *Lange Uhren*, T-152/07; o el ap. 33 de la STG de 16 de enero de 2014, *Margarete Steiff*, T-433/12.

comúnmente utilizadas en el comercio, y no deberá presentarse como una simple variante, o incluso una posible variante, de dichas formas³⁸.

41. Esta doctrina jurisprudencial, aunque comenzó siendo utilizada en relación con las marcas tridimensionales, es de aplicación a cualquier tipo de marca que se confunda con la apariencia del producto³⁹. Y aunque dependerá del supuesto concreto, dado que tanto la marca patrón como la marca de posición, por su propia naturaleza, son especialmente aptas para confundirse con la apariencia del producto que designan, se viene produciendo una aplicación reiterada de esta doctrina jurisprudencial en relación con ambas⁴⁰. Evidentemente, esto implica realizar una valoración caso por caso y, en función de los elementos concurrentes y la apreciación en conjunto de estos, se deberá determinar -con mayor o menor acierto- si el signo en cuestión tiene capacidad distintiva colocándose idealmente en la perspectiva del consumidor medio del público pertinente.

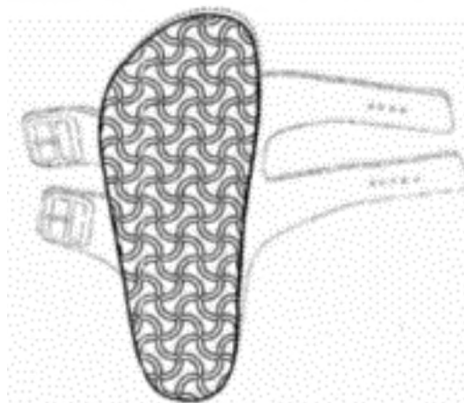
42. Por ejemplo el Tribunal General, en una sentencia de 26 de febrero de 2014, confirmó la apreciación de falta de carácter distintivo del signo solicitado como marca de posición para productos comprendidos en las clases 7 y 9 a 11 del Arreglo de Niza y con la siguiente descripción: “La marca de posición está compuesta por un arco de círculo amarillo, abierto hacia arriba, colocado sobre el borde inferior de una pantalla electrónica, que se extiende a todo lo largo de ésta. El contorno perfilado mediante una línea de puntos sirve únicamente para que se vea que el arco está colocado sobre una pantalla electrónica, y no forma parte de la marca”. La marca se representaba como sigue:



En la sentencia se concluye que el signo “no contiene ningún elemento característico, ni destacable o atrayente, que pueda conferirle un carácter distintivo mínimo de modo que el consumidor pueda percibirlo de otro modo que no sea como una decoración habitual (...)”⁴¹.

43. Asimismo, en un Auto del Tribunal General, de 2 de junio de 2021, respecto a una marca para las suelas de diversos tipos de calzado y representada de la siguiente forma:

el Tribunal considera correcto el criterio de la Sala de recurso al estimar que los patrones habituales en el sector del calzado están compuestos por formas geométricas simples y que el signo solicitado no se desvía lo suficiente de los hábitos del sector, por lo que el público pertinente no percibirá el signo como una marca sino como un mero patrón superficial⁴².



³⁸ Vid. entre otros, el ap. 99 de la STPI de 14 de septiembre de 2009, *Lange Uhren*, T-152/07; o el ap. 43 de la STG de 16 de enero de 2019, *Windspiel*, T-489/17; o el ap. 54 del Auto del Tribunal General, de 2 de junio de 2021, *Birkenstock*, T-365/20.

³⁹ Vid. entre otras, STG de 15 de junio de 2010, *X Technology Swiss*, T-547/08, confirmada mediante Auto del Tribunal de Justicia, de 16 de mayo de 2011, *X Technology Swiss*, C-429/10 P, ECLI:EU:C:2011:307; o el ap. 37 del Auto del Tribunal General de 2 de junio de 2021, *Birkenstock*, T-365/20.

⁴⁰ Vid. en relación con marcas de posición, entre otros, el ap. 25 de la STG de 15 de junio de 2010, *X Technology*, T-547/08; ap. 20 de la STG de 16 de enero de 2014, *Margarete Steiff*, T433/12; STG de 26 de febrero de 2014, *Sartorius*, T331/12; ap. 21 de la STG de 13 de septiembre de 2018, *Leifheit*, T-184/17, ECLI:EU:T:2018:537; ap. 16 de la STG de 16 de enero de 2019, *Windspiel*, T-489/17, ECLI:EU:T:2019:9. Y, en relación con marcas patrón, entre otras, ap. 31 de la STG de 12 de enero de 2022, *Neolith*, T-259/21 (ECLI:EU:T:2022:1). Vid. asimismo, ap. 25 y 40 de la STG de 21 de abril de 2015, *Louis Vuitton*, T-359/12 (ECLI:EU:T:2015:215); o el ap. 19 de la STG de 30 de marzo de 2022, *Daimler* (Representación de estrellas de tres puntas sobre fondo negro II), T-278/21 (ECLI:EU:T:2022:195).

⁴¹ Vid. el ap. 40 de la STG de 26 de febrero de 2014, *Sartorius Lab*, T331/12.

⁴² Ap. 54 del Auto del Tribunal General de 2 de junio de 2021, *Birkenstock*, T-365/20.

44. Para aplicar esta doctrina jurisprudencial lo relevante es, como se decía, que la marca se confunda con la apariencia del producto; y para ello se da especial importancia a lo que se deriva de la representación del signo. Esto se observa en diversos asuntos que afectaron a marcas patrón cuando en la normativa aún no se hacía referencia expresa a este tipo de marcas. En algunos casos tal registro se hizo solicitando la marca como figurativa. Sin embargo, la jurisprudencia no dudó en confirmar que la marca debía ser valorada teniendo presente su naturaleza de motivo de superficie; y ello sobre la base de las propias características intrínsecas del signo y de la naturaleza de los productos a los que se iba a aplicar. Así ocurrió en el asunto resultado por la Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2012, en la que se resuelve el recurso presentado contra resolución que deniega el registro, como marca figurativa del siguiente signo:



Teniendo presente que los productos para los que se solicita son tejidos o productos compuestos por tejidos, o que pueden tener superficies de tejido, el Tribunal considera acertada la aplicación a la marca de los principios aplicables a las marcas que se confunden con la apariencia del producto, “ya que tal marca tampoco es independiente de la apariencia del producto que designa”⁴³.

45. Igualmente, ilustrativa al respecto es la Sentencia del Tribunal General de 9 de noviembre de 2016⁴⁴, en la que el objeto de debate era una solicitud de protección en el UE de una marca internacional, como marca figurativa para diversos productos comprendidos en las clases 10, 18 y 25 del Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de Marcas (en adelante, Arreglo de Niza), del siguiente signo:



Pese a reconocer el Tribunal que, al examinar el carácter distintivo de un signo, la EUIPO debe referirse a la reproducción de la marca solicitada incluida en la solicitud de registro y, en su caso, a la descripción que la pueda acompañar⁴⁵; considera que no se puede reprochar a la EUIPO haberse basado en las características intrínsecas del signo según resultaban de su reproducción. En particular, precisa que el hecho de que un signo se haya diseñado como marca figurativa no impide que, basándose en la experiencia generalmente adquirida de la comercialización de los productos objeto de la solicitud de registro, la Sala de Recurso pueda apreciar que en él se ve un motivo de superficie⁴⁶. Se aplica entonces la doctrina jurisprudencial sobre marcas que se confunden con la apariencia de los productos sobre la base de la utilización posible, y no poco probable, del signo controvertido como motivo de superficie, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos designados. Y ello con independencia de cómo haya calificado el solicitante el signo (como marca figurativa, tridimensional, u otra), si hay una probabilidad inherente de que el signo, compuesto por una serie de elementos que se repiten regularmente sea utilizado como motivo de superficie⁴⁷.

46. Determinada la necesidad de exigir que el signo se aparte de la norma o usos del sector, hay que decir que es una pauta que se basa en la valoración del propio signo y su capacidad para ser

⁴³ Ap 53 de la STG de 19 de septiembre de 2012, *V. Fraas*, T-50/11 (ECLI:EU:T:2012:442).

⁴⁴ Ap. 39 de la STG de 9 de noviembre de 2016, *Birkenstock*, T-579/14, (ECLI:EU:T:2016:650).

⁴⁵ Ap. 38 STG de 9 de noviembre de 2016, *Birkenstock*, T-579/14.

⁴⁶ Ap. 43 de la STG de 9 de noviembre de 2016, *Birkenstock*, T-579/14.

Por el contrario, en STG de 19 de junio de 2019, *Adidas*, T-307/17 (ECLI:EU:T:2019:427) se da el caso contrario: la marca se registra como figurativa, y el titular pretende que se interprete como una marca patrón. Sin embargo, y partiendo de que una marca figurativa se registra, en principio, con las proporciones que aparecen en su representación, ni de tal representación ni de la descripción presentada se derivaba que estuviere compuesta por una serie de elementos que se repiten regularmente.

⁴⁷ Vid. ap. 54 y 55 y 57 de la STG de 9 de noviembre de 2016, *Birkenstock*, T-579/14; confirmada por la STJ de 13 de septiembre de 2018, *Birkenstock*, C-26/17 P (ECLI:EU:C:2018:714), vid. ap. 40.

percibido como un distintivo del origen empresarial. Que el signo se aparte de los usos del sector no implica que se exija que el signo sea original. Como ha precisado de forma reiterada la jurisprudencia, la novedad o la originalidad no son criterios relevantes para apreciar el carácter distintivo de una marca⁴⁸. La marca lo que tiene que ser, es distintiva.

47. Por lo demás, si bien la falta de carácter distintivo puede apreciarse especialmente en caso de signos compuestos por formas básicas o simples, también puede producirse el mismo efecto en el caso de signos excesivamente complejos. Así se aprecia en una Sentencia del Tribunal General de 9 de octubre de 2002, respecto a una solicitud relativa a una marca patrón. Y ello por considerar que la complejidad del motivo de superficie impediría que el público pertinente retenga detalles específicos del patrón y lo pueda memorizar de forma fácil e identificar como signo distintivo⁴⁹. La marca se representaba como sigue:



48. El juicio sobre si el signo solicitado se aparta de los hábitos del sector, requerirá una valoración del supuesto concreto y las autoridades competentes, al hacer su examen de fondo, no están obligadas a aportar pruebas del carácter habitual de la forma en el comercio para acreditar la falta de carácter distintivo de la marca solicitada⁵⁰. El criterio no es que sea necesario probar que existe una forma idéntica o casi idéntica, sino examinar si en el respectivo sector hay una gran variedad de formas de la que la marca examinada sea una simple variante, partiendo de que si existe una amplia variedad de formas en el mercado es poco probable que esa forma -que no se aparta de la regla del sector-, sea vista por el consumidor como un indicativo del origen comercial⁵¹.

49. Ante una valoración negativa sobre el carácter distintivo del signo, incumbe al solicitante -dado su mayor conocimiento del mercado- la carga de aportar indicaciones concretas y motivadas que fundamenten sus alegaciones⁵². Pero entre los posibles argumentos a utilizar, el Tribunal de Justicia ha rechazado la posible alegación de que el consumidor pueda estar ya acostumbrado en determinados sectores a percibir como marca la apariencia de un producto, o parte de él. Es decir, no se puede pretender excluir la aplicación de la doctrina jurisprudencial relativa a las marcas que se confunden con la apariencia de los productos alegando que el público está ya acostumbrado a que, por ejemplo, los signos colocados en determinadas partes de las zapatillas deportivas son marcas (de posición). Ante semejante alegación, el Tribunal de Justicia argumenta que si existen tales marcas en el mercado será porque la apariencia de un número suficiente de esos productos o partes de esos productos se desvía significativamente de la norma o las costumbres de esa industria; o bien, de ser el caso, porque han adquirido un carácter distintivo por el uso⁵³.

50. La aplicación de esta doctrina jurisprudencial no procede, en cambio, si no se da el supuesto de que el signo solicitado se confunde con la apariencia del producto para el que se solicita; lo que ocurre por ejemplo cuando la marca - piénsese en el caso de una marca patrón- se solicita en relación con servicios⁵⁴. Esta afirmación puede no resultar, sin embargo, tan evidente en el caso de las

⁴⁸ Ap. 71 de la STG de 16 de enero de 2019, *Windspiel*, T-489/17.

⁴⁹ Vid. ap. 28 de la STG de 9 de octubre de 2002, *Glaverbel*, T-36/01, ECLI:EU:T:2002:245; o el ap. 34 de la STG de 12 de enero de 2022, *Neolith*, T-259/21.

⁵⁰ Vid. el ap. 39 de la STG de 25 de noviembre de 2020, *Brasserie*, T-862/19, (ECLI:EU:T:2020:561), o el ap. 39 del Auto del TG de 2 de junio de 2021, *Birkenstock*, T-365/20.

⁵¹ Vid., los ap. 35 y 36 de la STG de 28 de junio de 2019, *Gibson*, T-340/18 (ECLI:EU:T:2019:455); o el ap. 21 de la STG de 30 de marzo de 2022, *Daimler* (Representación de estrellas de tres puntas sobre fondo negro I), T-277/21 (ECLI:EU:T:2022:194).

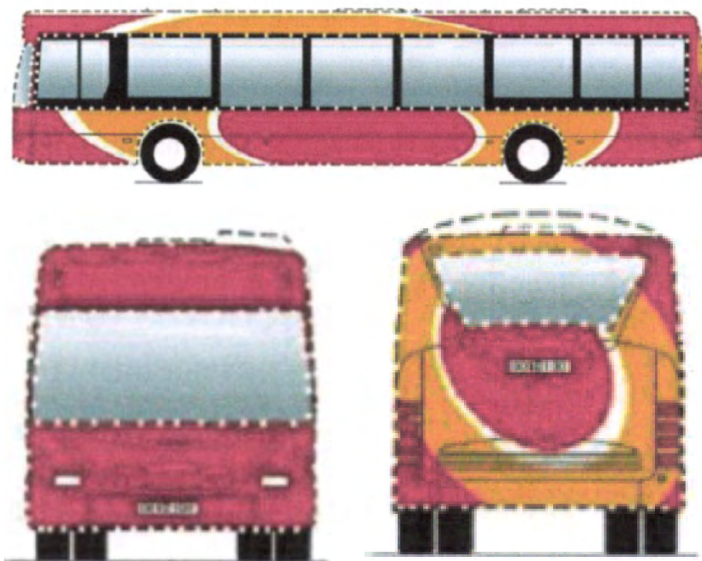
⁵² Vid. el ap. 50 de la STJ de 25 de octubre de 2007, *Develey*, C-238/06 P, ECLI:EU:C:2007:635; o el ap. 54 de la STJ de 13 de septiembre de 2018, *Birkenstock*, C-26/17 P, ap. 54.

⁵³ Vid. el ap. 56 del ATJ de 13 de septiembre de 2011, *Hans-Peter Wilfer*, C-546/10 (ECLI:EU:C:2011:574); o los aps. 33 y 34 de la STG de 21 de abril de 2015, *Louis Vuitton*, T-360/12 (ECLI:EU:T:2015:214).

⁵⁴ Vid. por ejemplo, el ap. 22 de la STG de 30 de marzo de 2022, *Daimler* (Representación de estrellas de tres puntas sobre fondo negro I), T-277/21; y en similar sentido, los ap. 21 y 22 de la STG de 30 de marzo de 2022, *Daimler* (Representación de

marcas de posición. No hay que olvidar que, por su propia definición, la marca se compone de un signo y de la “posición” que este ocupa sobre un producto. Es por tanto necesario definir sobre qué productos se va a aplicar el signo, aunque se trate de registrar para designar servicios. Siendo así, el signo puede integrarse en la apariencia de dicho producto y ser percibido, salvo que tenga un carácter distintivo, como un elemento decorativo o funcional de este.

51. Sobre esta cuestión incide una sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de octubre de 2020, en la que el tribunal responde a dos cuestiones prejudiciales que cuestionan si en caso de solicitud de registro de una marca que designa servicios y que consiste en un signo colocado en una determinada posición y cubre gran parte de la superficie de los objetos físicos utilizados para prestar los servicios, ha de examinarse si la marca es independiente de la apariencia de dichos objetos; y si, en caso afirmativo, es necesario que la marca difiera significativamente de la norma o los usos del sector de que se trate para que pueda poder considerarse que posee carácter distintivo. En el citado caso las marcas solicitadas estaban compuestas por elipses de diferentes dimensiones y en los colores rojo, naranja y blanco, con un tamaño concreto y colocadas en una determinada posición en los autobuses y trenes que permiten llevar a cabo la prestación de servicios de transporte»; y que se representaban con diversos dibujos, entre ellos, los siguientes:



52. Como no podía ser de otra manera, el Tribunal confirma que cuando la solicitud de marca se refiere a un signo destinado a ser colocado exclusiva y sistemáticamente de una manera determinada en gran parte de los bienes utilizados para la prestación de servicios, el carácter distintivo ha de apreciarse teniendo presente la percepción que el público pertinente tenga de la colocación del signo en tales bienes y ver si esas combinaciones de colores pueden conferir a los signos solicitados un carácter distintivo intrínseco. Pero aclara que, en de dicho análisis, no procede examinar si tales signos difieren significativamente de la norma o los usos del sector económico de que se trate. Y ello es así porque ese criterio se aplica a los casos en que el signo esté constituido por la apariencia del propio producto para el que se ha solicitado el registro como marca, sobre la base de que el consumidor medio no suele presumir el origen de los productos basándose en la forma de estos o en la de sus envases, al margen de todo elemento gráfico o textual⁵⁵. Pero “esta situación no se da en un caso en el que, como aquí ocurre, los signos controvertidos consisten en elementos gráficos destinados a ser colocados en los bienes que se utilizan para prestar los servicios designados en la solicitud de registro”. Hay que decir que, en el caso examinado, a mayor abundamiento los signos solicitados como marca se refieren a elementos gráficos claramente definidos que no se confunden con la forma o el envase de dichos bienes (autobuses y trenes)⁵⁶.

estrellas de tres puntas sobre fondo negro II), T-278/21; ap. 22 de la STG (Sala Décima) de 30 de marzo de 2022, *Daimler (Representación de estrellas de tres puntas sobre fondo negro III)*, T-280/21 (ECLI:EU:T:2022:197), o el ap. 22 de la STG de 30 de marzo de 2022, *Daimler (Representación de estrellas de tres puntas sobre fondo negro IV)*, T-279/21 (ECLI:EU:T:2022:196). Vid. también, por ejemplo, el ap. 37 de la STG de 21 de abril de 2015, *Louis Vuitton*, T-360/12; o el ap. 32 de la STG de 10 de junio de 2020, *Louis Vuitton Malletier*, T-105/19 (ECLI:EU:T:2020:258).

⁵⁵ Este supuesto el Tribunal lo considera asimilable al del signo que esté constituido por la representación de la disposición del espacio físico en el que se prestan los servicios para los que se ha solicitado el registro como marca. Vid, al respecto la STJ de 10 de julio de 2014, *Apple*, C-421/13, ECLI:EU:C:2014:2070, ap. 20.

⁵⁶ STJ de 8 de octubre de 2020, *Aktiebolaget*, C-456/19, ap. 34 y ss.

3. El carácter distintivo en las marcas de color

53. Los criterios para apreciar el carácter distintivo de una marca de color tampoco difieren de los aplicables a otros tipos de marcas. No obstante, la jurisprudencia reconoce que la percepción del público respecto a una marca de color tampoco es necesariamente la misma que respecto a otro tipo de signos como pueden ser las marcas denominativas o gráficas, consistentes en un signo independiente del aspecto de los productos que designan⁵⁷.

54. En el caso de la marca de color es un factor determinante el hecho de que los colores normalmente son una propiedad de las cosas -y así son percibidos-, que está presente como un elemento, sea decorativo, sea funcional, en la comercialización de bienes y de servicios; sin pretender utilizarlos como medios de identificación del origen empresarial⁵⁸. En consecuencia, los consumidores no están acostumbrados a deducir el origen de los productos por su color o el de su envase, al margen de todo elemento gráfico o textual⁵⁹. De ahí que el Tribunal de Justicia considere que a los colores y a sus combinaciones abstractas sólo puede atribírseles un carácter distintivo intrínseco en circunstancias excepcionales y, principalmente, cuando el número de productos o servicios para los que se solicita la marca es muy limitado y el mercado de referencia es muy específico⁶⁰.

55. Por lo demás, la jurisprudencia ha reconocido reiteradamente que para apreciar el carácter distintivo de este tipo de marca -ya sea conformada por un único color o por una combinación de estos⁶¹-, es necesario tener en cuenta el interés general subyacente de que no se vea restringido de forma indebida la disponibilidad de los colores para los demás operadores que ofrecen productos o servicios del mismo tipo⁶². Como se decía anteriormente, la paleta de colores es limitada y aunque con las técnicas actuales se puedan llegar a diferenciar una pluralidad de tonalidades a partir de un mismo color otra cosa es que el público las pueda luego distinguir; de suerte que será posible que el titular de la marca, en el ejercicio de su derecho de exclusiva, pueda impedir el uso de colores que entren en conflicto con el suyo, ya sea por la vía de la existencia del de un riesgo de confusión, o de erosión de la notoriedad de la marca anterior⁶³.

56. Así las cosas, se parte de que sólo en circunstancias excepcionales un color -que usualmente para el público destinatario es una mera propiedad de las cosas y no un signo- puede tener ese carácter distintivo *ab initio*. Pero esa excepcionalidad se ve además condicionada por el bien jurídico subyacente a proteger. En este sentido, cuanto mayor sea el número de productos o servicios para los que se solicita

⁵⁷ STJ de 6 de mayo de 2003, *Libertel*, C-104/01, ap. 65; STJ de 21 de octubre de 2004, *KWS*, C-447/02 P, ap. 78.

⁵⁸ Ap. 38 de la STJ de 24 de junio de 2004, *Heidelberger*, C-49/02; ap. 35 de la STPI de 12 de noviembre de 2008, *GretagMacbeth*, T-400/07 (ECLI:EU:T:2008:492); o el ap. 26 de la STG de 15 de junio de 2010, *X Technology Swiss*, T-547/08, relativa a marcas de posición. Y este mismo criterio lo aplica la jurisprudencia al aspecto brillante o mate de una marca, vid. el ap. 21 de la STG de 16 de enero de 2014, *Margarete Steiff*, T433/12.

⁵⁹ Ap. 27 de la STG de 25 de septiembre de 2002, *Viking-Umwelttechnik*, T-316/00 (ECLI:EU:T:2002:225); ap. 29 de la STG de 9 de octubre de 2002, *KWS*, T-173/00 (ECLI:EU:T:2002:243); aps. 44 y 52 de la STPI de 12 de noviembre de 2008, *GretagMacbeth*, T-400/07, supuesto en el que el tribunal consideró que, en el ámbito de los servicios objeto de la solicitud, nada sugería que el público destinatario percibiría que el signo ejercería una función distinta de la decorativa o colorante o que podría transmitir información precisa, en particular sobre el origen de tales servicios (ap. 53).

⁶⁰ Ap. 65 y ss. de la STJ de 6 de mayo de 2003, *Libertel*, C-104/01; aps. 78 y 79 de la STJ de 21 de octubre de 2004, *KWS*, C-447/02 P (ECLI:EU:C:2004:649); ap. 36 de la STPI de 12 de noviembre de 2008, *GretagMacbeth*, T-400/07, así como los ap. 51 y ss. de la STG de 9 de septiembre de 2020, *Glaxo Group*, T-187/19.

⁶¹ *Vid.*, en relación con el sistema de marcas de la Unión, el ap. 25 de la STG de 12 de noviembre de 2010, *Deutsche Bahn*, T-404/09 (ECLI:EU:T:2010:466), o el ap. 32 de la STG de 3 de mayo de 2017, *Enercon*, T-36/16 (ECLI:EU:T:2017:295), o interpretando la DM, el ap. 42 de la STJ de 24 de junio de 2004, *Heidelberger*, C-49/02; o el ap. 31 de la STJ de 27 de marzo de 2019, *Oy Hartwall*, C-578/17. *Vid.*, no obstante, lo señalado en el ap. 13 de la Resolución de la Cuarta Sala de Recurso de la EUIPO, de 11 de julio de 2019, en el asunto R-381/2019-4.

⁶² Ap. 60 de la STJ de 6 de mayo de 2003, *Libertel*, C-104/01; ap. 38 de la STG de 9 de septiembre de 2020, *Glaxo Group*, T-187/19.

⁶³ Reflexiones en este sentido se observan en los ap. 45, 49 y 51 de la STG de 13 de septiembre de 2010, *KUKA Roboter*, T-97/08 (ECLI:EU:T:2010:396).

el registro de la marca, mayor es la posibilidad de que el derecho exclusivo conferido resulte excesivo y, por tanto, sea contrario al mantenimiento de un sistema de competencia no falseado y al interés general en que no se restrinja indebidamente la disponibilidad de los colores para los demás operadores que ofrecen productos o servicios del mismo tipo que aquellos para los que se solicita el registro⁶⁴.

57. Para apreciar si un color o una combinación de colores posee carácter distintivo en relación con los productos o servicios para los que se solicite deberá valorarse, en particular, cómo el color podrá ser utilizado en la apariencia o envase de la totalidad o parte de tales productos, o en su publicidad, o en relación con los servicios de que se trate⁶⁵. Será preciso constatar si puede transmitir información precisa respecto al origen de un producto o servicio⁶⁶, para lo cual será relevante determinar si la marca se aparta de la norma del sector⁶⁷ y consigue, a la luz de las circunstancias concurrentes, convertirse en un elemento diferenciador en base al origen comercial⁶⁸. Y ello, sin perjuicio de que ese color o combinación de colores pueda seguir cumpliendo, simultáneamente, otro tipo de funciones, como decorativa o técnica ya que, como ha precisado la jurisprudencia, el hecho de que cumpla simultáneamente varias funciones, no incide en su carácter distintivo⁶⁹.

58. Finalmente, en lo que atañe a la marca formada por una combinación de colores, cabe recordar la exigencia de que esté determinada una disposición concreta y delimitada de los colores que componen la marca. Y es que tal exigencia se debe no sólo al propósito de delimitar de forma concreta el objeto del registro, sino también a la necesidad de que tal combinación sea identificable y percibida como un signo que sirve para diferenciar los productos con base en su origen comercial, lo que sería difícil si los colores pudiesen combinarse de diferentes maneras. Así, por ejemplo, en el asunto resuelto por la Sentencia del Tribunal General de 25 de septiembre de 2002⁷⁰, se negó el carácter distintivo del signo solicitado apoyándose, entre otros elementos, en que “la simple yuxtaposición de los colores verde y gris, como la representada en la solicitud de registro, tiene un carácter abstracto e impreciso en relación con los productos de que se trata y no constituye una combinación determinada de dichos colores”. Igualmente, en la Sentencia de 9 de julio de 2003 el Tribunal General⁷¹, para confirmar la falta de carácter distintivo, junto con otros criterios, tuvo presente que “el signo apreciado en su totalidad tiene un carácter abstracto e impreciso en relación con los productos de que se trata y no muestra una combi-

⁶⁴ Vid. los ap. 56, 60 y 71 de la STJ de 6 de mayo de 2003, *Libertel*, C-104/01; y aplicando esta doctrina vid. la STS, Sala 3ª, de 22 de octubre de 2009, (ECLI: ES:TS:2009:6213), ap. 5º. En cualquier caso, habrá que examinar el supuesto concreto. Vid., así, el ap. 20 de la ya citada Resolución de la Cuarta Sala de Recurso de la EUIPO, de 11 de julio de 2019, en el asunto R-381/2019-4, en la que se examinaba una marca compuesta por una combinación de colores para distinguir numerosos productos pero se concluyó que, en relación con el supuesto examinado, no se apreciaba cómo podría generar preocupaciones “por alcance excesivo de la protección o disponibilidad para otros operadores”.

⁶⁵ El TJ tuvo ocasión de reafirmar que los criterios de apreciación del carácter distintivo de las marcas de color para servicios no difieren de las aplicables a las marcas de color solicitadas para productos en la STG de 12 de noviembre de 2010, *Deutsche Bahn*, T-404/09 (ap. 22 y 23), apreciaciones que fueron confirmadas en el Auto del TJ de 7 de diciembre de 2011, *Deutsche Bahn*, C-45/11 P (ECLI:EU:C:2011:808), ap. 43.

⁶⁶ Ap. 37 de la STJ de 24 de junio de 2004, *Heidelberger*, C-49/02; ap. 34 de la STPI de 12 de noviembre de 2008, *GretagMacbeth*, T-400/07.

⁶⁷ En las Directrices de la EUIPO se señala que esas circunstancias excepcionales “requieren que el solicitante demuestre que la marca es inusual y resulta llamativa en relación con los productos o servicios específicos”, se advierte de que serán casos muy raros y pone como posible ejemplo el del color negro aplicado a la leche. Vid. EUIPO, *Directrices relativas al examen*, 31 de marzo de 2022, pág. 468. No debe olvidarse, por lo demás, que para ello no basta con justificar que el signo sea novedoso, al no ser la originalidad un requisito para la protección de un signo como marca, como recuerda reiteradamente la jurisprudencia vid., por ejemplo, el ap. 54 de la STG de 9 de septiembre de 2020, *Glaxo Group*, T-187/19.

⁶⁸ Ap. 26 y 27 de la STPI de 9 de octubre de 2002, *KWS*, T-173/00; el ap. 26 de la STG de 25 de septiembre de 2002, *Viking-Umwelttechnik*, T-316/00; el ap. 23 de la STJ de 6 de mayo de 2003, *Libertel*, C-104/01; el ap. 22 de la STJ de 24 de junio de 2004, *Heidelberger*, C-49/02; el ap. 25 de la STPI de 9 de octubre de 2002, *KWS*, T-173/00; o el ap. 37 de la STPI de 12 de noviembre de 2008, *GretagMacbeth*, T-400/07. A nivel nacional, vid, por ejemplo, el fundamento jurídico séptimo de la STS, Sala 3ª, Sección 3ª, de 27 de marzo de 2006, (LA LEY 36309/2006).

⁶⁹ Ap. 30 de la STPI de 9 de octubre de 2002, *KWS*, T-173/00.

⁷⁰ Ap. 33 de la STG de 25 de septiembre de 2002, *Viking-Umwelttechnik*, T-316/00.

⁷¹ Ap. 36 de la STG de 9 de julio de 2003, *Andreas Stihl*, T-234/01.

nación sistemática ni un reparto concreto de dichos colores. Por consiguiente, la impresión de conjunto que resulta de la combinación de los colores en relación con los productos de que se trata es una mera coloración de las piezas externas más que una organización sistemática que permita generar, más allá de la función puramente estética, un signo indicador del origen comercial de los productos”.

4. La adquisición del carácter distintivo por el uso

59. La pretensión de registrar marcas de color, marcas de posición y marcas patrón se enfrenta a menudo, como se ha visto, al obstáculo de que el signo solicitado no sea percibido por el público pertinente como indicativo de un origen empresarial. Sin embargo, ese obstáculo al acceso registral puede soslayarse si, gracias al uso que del signo se haya realizado en el tráfico económico, puede determinarse que este ha adquirido, en relación con los productos o servicios de que se trate, un carácter distintivo para una parte sustancial del público pertinente⁷². Y ello, gracias a la previsión recogida tanto en el apartado tercero del artículo 7 RMUE, como en el apartado cuatro del artículo 4 de la DM (e incorporado en el apartado segundo del artículo 5 de la LM).

60. Como ha señalado el Tribunal de Justicia, en tales casos el signo es percibido por el público interesado como un indicador del origen comercial del producto o servicio, gracias a un esfuerzo económico por parte del solicitante de la marca y “esta circunstancia justifica el desconocimiento de las consideraciones subyacentes de interés general, previstas en el apartado 1, letras b) a d), del mismo artículo, que exigen que las marcas amparadas por estas disposiciones puedan ser utilizadas libremente para evitar la creación de una ventaja competitiva ilegítima a favor de un único operador económico”⁷³. Así las cosas, con el reconocimiento de la adquisición del carácter distintivo con el uso, se abre ante los operadores la opción de adoptar los comportamientos necesarios en el tráfico buscando que el público pertinente vincule sus productos o servicios con un determinado signo. Se genera así una dinámica en que signos, en principio, carentes de carácter distintivo y que incorporan elementos que deberían estar disponibles (piénsese en un color), pasen a estar registrados bajo el impulso de operadores que buscan nuevos elementos que les den una óptima posición de marca frente a sus competidores⁷⁴. Incluso se ha alertado de que, en última instancia, con ello también se estaría promoviendo una estandarización de las formas estéticas empleadas, que serán utilizadas reiteradamente en detrimento de otras más innovadoras; ya no solo para adquirir la marca mediante el uso reiterado del signo, sino también después de lograr registrarla, dada la obligación de usarla de forma efectiva en el tráfico⁷⁵.

61. En cualquier caso, la postura adoptada por el legislador es clara al permitir la adquisición del carácter distintivo por esta vía en relación de cualquier tipo de marca, al no establecerse ningún tipo de distinción en función de la naturaleza de los signos de que se trate. Por consiguiente, y aunque como hemos visto, el imperativo de la disponibilidad se utiliza en la valoración de si tiene o no carácter distintivo una marca de color, lo cierto es que los colores, así como sus combinaciones, también pueden ac-

⁷² Proceso que, como se ha señalado, es justo el inverso al de la vulgarización de un signo. Vid. J. A. GÓMEZ SEGADÉ, “Fuerza distintiva y “secondary meaning” en el derecho de los signos distintivos”, en: J.J. NAVARRO CHINCHILLA/R.J. VÁZQUEZ GARCÍA (Coord.), *Estudios sobre marcas*, Comares, Granada, 1995, pp. 345-378 (pp. 351 y 352); L. A. MARCO ARCALÁ, “Artículo 5. Prohibiciones absolutas”, en: A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de marcas*, 2ªed. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2008, pp. 1135- 242 (pp. 186 y ss.).

⁷³ STG de 4 de julio de 2017, *Pirelli*, T-81/16, ECLI:EU:T:2017:463, ap. 69.

⁷⁴ Vid. al respecto las consideraciones señaladas por L. ANEMAET, “The Public Domain Is Under Pressure – Why We Should Not Rely on Empirical Data When Assessing Trademark Distinctiveness”, *ICC*, 2016, 47(3), pp. 303-335 (308 y 309).

⁷⁵ I. CALBOLI, «Hands Off “My” Colors, Patterns, and Shapes! How Non- Traditional Trademarks Promote Standardization and May Negatively Impact Creativity and Innovation», en: I. CALBOLI/ M. SENFTLEBEN, *The protection of non-traditional trademarks. Critical perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 288; I. CALBOLI, “Non-Traditional Trademarks As Means to Protect Product Designs and Aesthetic Product Features: What is the Impact of Creativity and Innovation?”, en: E. DE WERRA (Ed.), *Marques 3D et autres marques non-traditionnelles = 3D trademarks and other non-traditional trademarks*, Genève, Schulthess, 2019, pp. 125-159 (156).

ceder a su registro como marca si han adquirido un carácter distintivo por el uso⁷⁶. Además, les serán de aplicación los mismos criterios generales que a los demás tipos de marcas en la determinación de si han adquirido tal carácter, sin que se justifique el establecimiento de criterios más rigurosos. Así lo recordó el Tribunal de Justicia, en relación con las marcas de color, respondiendo a una cuestión prejudicial planteada por el *Bundespategericht* (Alemania), en relación con una solicitud de marca nacional para un color rojo HKS 13 sin contorno para servicios financieros⁷⁷. No obstante, hay que entender que un color parte de una casilla de salida claramente desventajosa; y es que, como ya se señaló, el público no está acostumbrado a percibir los colores como marcas si no como características o propiedades de las cosas.

62. Corresponde, en todo caso, a las autoridades competentes velar por una aplicación atinada de esta excepción que supone la adquisición del carácter distintivo por el uso, especialmente cuando afecta a marcas que implican elementos que usualmente pueden ser utilizados por los restantes operadores como elementos decorativos o funcionales. Y la responsabilidad de las autoridades pertinentes es más acusada, si cabe, en el caso de las marcas de la Unión, en virtud de su carácter unitario. Por ello, se ha de demostrar la adquisición del carácter distintivo para una parte significativa del público pertinente, en el parte de la Unión en la que el signo no tenía un carácter distintivo intrínseco⁷⁸. Un elemento importante es que en el caso de las marcas no denominativas se presume que la apreciación del carácter distintivo es la misma en toda la Unión Europea, salvo indicios concretos en contrario⁷⁹. Partiendo de ese presupuesto, deberá probarse que la marca en cuestión ha adquirido un carácter distintivo por el uso en el conjunto de la UE⁸⁰.

IV. Signos constituidos exclusivamente por la “forma u otra característica”

63. Si bien la prohibición de registro relativa a la falta de carácter distintivo puede soslayarse cuando esta se adquiere por el uso del signo en el tráfico económico, para acceder al registro como marca el signo tampoco ha de incurrir en ninguna de las restantes prohibiciones absolutas de registro. De entre todas ellas merecen una reflexión, en un análisis sobre las marcas no convencionales objeto de este estudio, la prohibición de registrar como marca los signos constituidos exclusivamente por la forma u otra característica impuesta por la naturaleza del producto; por la forma u otra característica del producto necesaria para obtener un resultado técnico; así como por la forma u otra característica que aporte un valor sustancial al producto (art. 7.1.e RMUE, y art. 4.1 DM y art. 5.1.e LM).

⁷⁶ Vid. la STJ de 24 de junio de 2004, *Heidelberger*, C-49/02, ap. 39; la STJ de 21 de octubre de 2004, *KWS*, C-447/02 P, ap. 79; la STPI de 12 de noviembre de 2008, *GretagMacbeth*, T-400/07, ap. 36. El hecho de que el imperativo de la disponibilidad no autoriza a establecer criterios diferentes respecto a la opción de adquirir un carácter distintivo por el uso previsto en el art. 3.3 DM (89/104/CEE), también lo ha confirmado el TJ en relación con el interés de mantener un nombre geográfico a disposición de otras empresas, subyacente a la prohibición de registro relativa a los signos descriptivos (art. 3.1, c DM); vid. STS de 4 de mayo de 1999, *Windsurfing Chiemsee*, C-108/97 y C-109/97, ECLI:EU:C:1999:230, ap. 48.

⁷⁷ El Tribunal, respondió así a la cuestión de si, el artículo 3, ap. 1 y 3, de la DM 2008/95, debía interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación del Derecho nacional según la cual, en los procedimientos en los que se suscita la cuestión de si una marca de color sin contorno ha adquirido carácter distintivo por el uso, resulta siempre necesario un sondeo de opinión que tenga como resultado que el grado de reconocimiento de dicha marca sea cuando menos del 70 %. Vid. los ap. 40, 47 y 49 de la STJ de 19 de junio de 2014, *Oberbank AG*, C217/13 y C218/13, (ECLI:EU:C:2014:2012).

⁷⁸ STG de 4 de julio de 2017, *Pirelli*, T-81/16, ap. 69; ap. 123 de la STPI de 14 de septiembre de 2009, *Lange Uhren*, T-152/07.

⁷⁹ Vid. entre otras, la STG de 21 de abril de 2015, *Louis Vuitton*, T-359/12, ap. 87; STG de 4 de julio de 2017, *Pirelli*, T-81/16, ap. 72.

⁸⁰ Vid. los ap. 133 y ss. de la STPI de 14 de septiembre de 2009, *Lange Uhren*, T-152/07. Y aunque, el Tribunal de Justicia ha considerado que sería excesivo exigir la prueba de tal adquisición para cada Estado miembro considerado individualmente [STJ de 24 de mayo de 2012, *Chocoladefabriken Lindt*, C-98/11 P (ECLI:EU:C:2012:307), ap. 62], ello no implica que no deba probarse que el signo ha adquirido un carácter distintivo en la parte del territorio de la Unión en la que no lo tenía originariamente; más bien que los medios de prueba empleados pueden ser pertinentes en relación con varios Estados miembros o con el conjunto del territorio de la UE. Vid. ap. 80 de la STJ de 25 de julio de 2018, *Nestlé*, C-84/17 P, C-85/17 P y C-95/17 P (ECLI:EU:C:2018:596); ap. 93 de la STG de 21 de abril de 2015, *Louis Vuitton*, T-360/12, así como el ap. 69 de la STG de 10 de junio de 2020, *Louis Vuitton*, T-105/19.

64. El Tribunal de Justicia ha señalado que el interés que subyace en estas prohibiciones de registro es evitar que se conceda un derecho de exclusiva que puede ser renovado de forma reiterada, como es el caso del derecho de marca, sobre elementos que, en su caso, deberían ser objeto de un derecho de exclusiva temporalmente limitado (como puede ser el caso de las patentes, el diseño industrial o el derecho de autor). Se trata, por tanto, de evitar que el derecho de marcas se utilice para perpetuar una exclusiva sobre elementos que el legislador ha querido proteger, de ser el caso, mediante derechos de exclusiva sometidos a un plazo de caducidad⁸¹.

65. Como es sabido, antes de la reforma operada en el Derecho de marcas de la Unión en el año 2015, estas prohibiciones se limitaban a casos en los que el signo en cuestión está formado exclusivamente por la “forma”, ya sea impuesta por la naturaleza del producto, necesaria para obtener el resultado técnico o que aporte un valor sustancial al producto⁸². En su aplicación, la jurisprudencia ha venido partiendo de la necesidad de identificar las características esenciales de la respectiva forma, a fin de poder valorar si a la marca solicitada le es de aplicación alguno de los supuestos previstos en el precepto. Determinación que ha de hacerse valorando el caso concreto y sin que exista una jerarquía sistemática entre los distintos tipos de elementos que puede contener un signo⁸³.

66. Pero un presupuesto necesario para poder valorar la aplicación de alguna de las prohibiciones señaladas era que el signo controvertido estuviese constituido “exclusivamente” por una “forma”. A la vista de lo señalado en la jurisprudencia, se puede afirmar que en el concepto de “forma” en el sentido de dicha disposición se incluyen no solo las formas tridimensionales, sino también las formas bidimensionales⁸⁴. Así, en el marco de la DM, el Tribunal de Justicia ha señalado que resulta de aplicación al signo constituido exclusivamente por la forma del producto, o por una representación gráfica de dicha forma⁸⁵. Y en línea similar, el Tribunal General, interpretando en esta ocasión el RMUE (en su versión 207/2009), advierte que la norma no distingue entre formas tridimensionales, formas bidimensionales o incluso representaciones bidimensionales de una forma tridimensional; por lo que puede aplicarse a las formas bidimensionales⁸⁶.

67. Partiendo de lo anterior, y si se considera que la forma puede abarcar todo o parte del producto, podrían ser valorados bajo este precepto aquellos supuestos en que el signo de una marca de posición esté constituido por una forma. No obstante, esa aplicación resulta más complicada en el caso de una marca de color, porque difícilmente se puede sostener que un color sin contornos es una forma.

⁸¹ *Vid.*, entre otras, respecto a la DM ap. 78 de la STJ de 18 de junio de 2002, *Philips*, C-299/99 (ECLI:EU:C:2002:377) o el ap. 18 de la STJ de 18 de septiembre de 2014, *Hauck*, C-205/13 (ECLI:EU:C:2014:2233), ap. 50 de la STJ de 23 de abril de 2020, *Gömböc*, C-237/19 (ECLI:EU:C:2020:296); y respecto al RMUE, el ap. 43 de la STJ de 14 de septiembre de 2010, *Lego*, C-48/09 P (ECLI:EU:C:2010:516).

⁸² *Vid.*, entre otras, la STJ de 14 de septiembre de 2010, *Lego*, C-48/09 P, aps. 52 y 72; o la STJ de 18 de septiembre de 2014, *Hauck*, C205/13, aps. 32 y ss. y 47. Y, en la doctrina, sobre el alcance de estas prohibiciones de registro *vid.* C. FERNÁNDEZ-NOVOA, *Tratado sobre derecho de marcas*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 221 y ss.; L. A. MARCO ARCALÁ, *Las causas de denegación de registro de la marca comunitaria*, Valencia, tirant lo blanch, 2001, pp. 219 y ss.; L. A. MARCO ARCALÁ, “Artículo 5. Prohibiciones absolutas”, *cit.*, pp. 200 y ss.; I. González López, “La protección como marca de las formas técnicamente necesarias: el caso «Lego»”, *ADI* (2008-2009), pp. 887-910 (899 y ss.); MAROÑO GARGALLO, M.M., «Las relaciones y los conflictos entre los diseños comunitarios y las marcas», en GARCÍA VIDAL, A. (Dir.), *El diseño comunitario*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pp- 507 y ss.; A. CASADO NAVARRO, “La forma del producto: protección como marca y compatibilidad con el diseño industrial (Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [5ª] de 23 de abril de 2020, en el asunto C-237/19, Gömböc)”, *RDM*, númm. 320/2021, pp. 441 y ss.

⁸³ Así, en relación con la prohibición de registrar signos constituidos exclusivamente por la forma necesaria para obtener un resultado técnico *vid.* el ap. 47 de la STJ de 6 de marzo de 2014, *Pi-Design*, C-337/12 P a C-340/12 P (ECLI:EU:C:2014:129).

⁸⁴ En la doctrina, J.M. OTERO LASTRES, “La prohibición de registrar como marca la forma que da un valor sustancial al producto”, *ADI* 28 (2007-2008), pp. 371- 396 (375, 376); L. A. MARCO ARCALÁ, *Las causas de denegación de registro de la marca comunitaria*, *cit.*, pp. 215 y ss.; A. GARCÍA VIDAL, “El derecho de marcas en la jurisprudencia del TJCE en el año 2007”, en: C. FERNÁNDEZ-NÓVOA/A. GARCÍA VIDAL/J. FRAMIÑÁN SANTAS, *Jurisprudencia comunitaria sobre marcas (2007)*, Comares, Granada, 2009, pp. 14 y 15.

⁸⁵ STJ de 18 de junio de 2002, *Philips*, C-299/99, ap. 76.

⁸⁶ Ap. 24 de la STG de 8 de mayo de 2012, *Yoshida Metal Industry*, T-331/10 (ECLI:EU:T:2012:220) y ap. 36 de la STG de 21 de mayo de 2015, *Yoshida Metal Industry*, T-331/10 RENV y T-416/10 RENV (ECLI:EU:T:2015:302).

68. Revelador a este respecto fue el asunto sobre el que versó una Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 2018. En ella se valora una marca registrada para zapatos de tacón alto y representada como sigue:

69. En la solicitud de registro, la marca se describe señalando que “consiste en el color rojo (Pantone 18-1663TP) aplicado en la suela de un zapato tal como se muestra en la imagen (el contorno del zapato no forma parte de la marca, su única finalidad es poner de relieve la posición de la marca)”. A la vista del signo, el tribunal nacional cuestiona al Tribunal de Justicia respecto a si el concepto de “forma” se limita a las características tridimensionales del producto, como son el contorno, la dimensión y el volumen (que han de expresarse en tres dimensiones), o también hace referencia a otras características (no tridimensionales) del producto, como el color.



70. En su respuesta, el Tribunal de Justicia aclara que, en el contexto del Derecho de marcas el concepto de “forma” se entiende generalmente en el sentido de que “designa un conjunto de líneas o de contornos que delimitan el producto de que se trate en el espacio”; y que ni de la DM, ni de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ni del sentido usual de este término se deriva que un color en sí mismo, sin estar delimitado en el espacio, pueda constituir una forma. Y advierte de que no puede considerarse que un signo esté constituido por la forma en casos como el examinado, en los que mediante el registro no se solicita la protección para una forma, sino para la aplicación de un color en un lugar específico del producto⁸⁷.

71. Es decir, no puede considerarse una forma, en el sentido de dicha disposición, la marca consistente en un color o combinación de colores, sin contornos. Y tampoco puede considerarse una forma aquella marca de posición en la que el signo sea un color sin contornos porque, de hecho, el color no es una forma; y esto determina que pueda ser utilizado en esa posición, pero adaptándose a la forma concreta que tenga en cada producto el lugar o posición donde se haya de ubicar la marca.

72. Sentado que un color sin contornos no puede ser considerado una forma, hay que decir que respecto a la marca patrón resulta de interés lo señalado por el Tribunal de Justicia en una sentencia de 14 de marzo de 2019. La marca que es objeto de valoración reproduce un diseño para telas y consiste en una reproducción bidimensional de un producto bidimensional (el diseño). En concreto, la marca se registra como una marca figurativa que se denomina Manhattan, y se representa como sigue:



73. En esta ocasión, entre otras cuestiones prejudiciales, el tribunal remitente plantea al Tribunal de justicia si debe interpretarse el artículo 7,1,e), iii) RMUE (207/2009) en el sentido de que su ámbito de aplicación incluye un signo que consista en la representación bidimensional de un producto bidimensional, por ejemplo, una tela decorada con el signo de que se trata. Pues bien, aunque el Tribunal de Justicia reconoce que, a diferencia de un signo relativo a un color como tal, el signo en este caso está constituido por diseños bidimensionales e incluye líneas y contornos; sin embargo, entiende que no puede afirmarse que el signo esté formado exclusivamente por la forma

⁸⁷ STJ de 12 de junio de 2018, *Christian Louboutin*, C-163/16, aps. 20 a 24.

en el sentido de esa disposición. De un lado porque “el signo considerado representa formas que están constituidas por los contornos exteriores de dibujos que representan, de manera estilizada, partes de mapas geográficos, también lo es que, además de esas formas, dicho signo contiene elementos decorativos que se encuentran tanto en el interior como en el exterior de esos contornos” y “Por otro lado, dicho signo pone de relieve una palabra, concretamente Manhattan”. Pero es que “En todo caso, no puede considerarse que un signo que consiste en diseños bidimensionales decorativos se confunde con la forma del producto cuando ese signo está colocado sobre productos, como una tela o un papel, cuya forma se distingue de dichos diseños decorativos”⁸⁸.

74. La marca en cuestión se registró como marca figurativa, y en la sentencia en ningún momento se cuestiona que no sea esta la naturaleza del signo. Sin embargo, algunos razonamientos de esta sentencia son trasladables al caso de una marca patrón. Como ya se señaló, la marca patrón se compone de varios elementos que se repiten periódicamente, y se puede extender todo lo necesario sobre la superficie de los productos sin un perímetro preestablecido. Y aunque los elementos que se repiten periódicamente sean de carácter figurativo, constituyendo formas, esto podrá no responder a la exigencia de que la marca esté compuesta “exclusivamente” por una “forma” como señala el precepto. A lo anterior, se suma el argumento utilizado por el Tribunal al considerar que el signo no se confunde con la forma del producto, si se coloca sobre productos como una tela o papel; hipótesis de uso (como tela o papel que se extiende por la superficie) que es propia de una marca patrón.

75. A la vista de todo lo anterior, cabe preguntarse si para marcas no convencionales como las aquí analizadas tiene alguna incidencia la reforma operada en el año 2015, tanto en el RMUE como en la DM (e incorporada en el artículo 5.1, e LM), disponiendo su aplicación a supuestos en que el signo esté formado exclusivamente por la «forma u otra característica»⁸⁹. El Abogado General Szpunar, en sus conclusiones en el caso Louboutin, interpreta que la referencia a “otra característica del producto” tiene en cuenta el hecho de que la DM 2015/2436 facilita el registro de nuevos tipos de marcas al poder representarlas usando la tecnología disponible, que pueden plantear interrogantes en cuanto a su carácter funcional, haciendo referencia expresa a casos como, por ejemplo, el de las marcas sonoras⁹⁰. La cuestión es si para los casos aquí planteados la reforma implica alguna diferencia respecto al régimen anterior⁹¹.

76. Lo cierto es que la redacción tal cual de la norma abre la posibilidad de que las autoridades competentes tengan en cuenta, para la aplicación de esta prohibición de registro, características que no puedan ser calificadas como una “forma” conforme a la interpretación que de este concepto ha hecho el Tribunal de Justicia; y, en particular, características que se integren o formen parte de la apariencia de los productos como es el caso de un diseño de superficie o un color⁹². Con todo, el Tribunal de Justicia no ha se ha pronunciado hasta el momento respecto a qué hay que entender por “otra característica”, por lo que habrá que esperar a ver cómo se desarrolla la jurisprudencia al respecto.

⁸⁸ Aps. 39 a 42 de la STJ de 14 de marzo de 2019, *Textilis Ltd*, C-21/18 (ECLI:EU:C:2019:199).

⁸⁹ Con la precisión de que dicha modificación no afecta a las marcas registradas con anterioridad de la entrada en vigor dicha reforma en el ámbito del RMUE; vid. ap. 31 a 33 de la STJ de 14 de marzo de 2019, *Textilis Ltd*, C-21/18.

⁹⁰ Vid. los aps. 63 y 64 de las Conclusiones presentadas el 22 de junio de 2017 (ECLI:EU:C:2017:495), así como el ap. 42 de las conclusiones complementarias presentadas el 6 de febrero de 2018 (ECLI:EU:C:2018:64).

⁹¹ Considera que la reforma de esta disposición no ha implicado un cambio sustantivo sino una aclaración de la norma E. ROSATI, “CJEU excludes retroactive application of reformed language of Article 7(1)(e)(iii) of the EU Trade Mark Regulation and does (not) clarify what ‘another characteristic’, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, vol. 14, No. 8, pp. 590-592 (592).

⁹² En este sentido, G.N. HASSELBLATT, “Article 7. Absolute grounds for refusal”, en G.N. HASSELBLATT (Ed.), *European Union Trade Mark Regulation*, 2ª ed., Munich, C.H. Beck, 2018, pp. 79- 218 (126). Por lo que respecta al color, vid. T.W.DORNIS, “Protection of Colour Per Se: Or, #FreeThePink and the Battle Over “Magenta”, en: E. BONADIO/A. O’CONNELL (Ed.), *Intellectual Property Excesses*, Oxford, Hart, 2022, pp. 239-264 (pp. 257 y 258); C. GOMMERS/ E. DE PAUW/ M. MARIANO, “Louboutin v Van Haren: white flag for red soles or provisional truce?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018, Vol. 13, No. 11, pp. 909-916 (910).

V. Consideraciones sobre la infracción del derecho de marca

77. Cuando una marca que responda a alguna de las tipologías aquí examinadas accede a la protección registral, le son de aplicación los mismos principios generales que al resto de las marcas en la determinación de cuándo se produce una infracción del derecho otorgado a su titular. Es importante destacar este hecho porque, teniendo presente que a menudo este tipo de marcas están compuestas por elementos que se integran en la apariencia de los productos, podría plantearse si, en la extensión del derecho de exclusiva otorgado, ha de tener alguna incidencia el imperativo de que tales elementos estén disponibles para los restantes operadores. Y no en vano ya se ha visto que, en punto a la valoración del carácter distintivo de las marcas de color, tal imperativo sí se tiene en cuenta.

78. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la posible incidencia de la necesidad de que ciertos signos estén disponibles, y en particular su uso para fines decorativos, para determinar el alcance del *ius prohibendi* del titular, en una sentencia del año 2008, respondiendo a varias cuestiones prejudiciales que se le plantearon interpretando la DM 89/104/CEE⁹³. El origen del litigio fue la comercialización por parte de diversos operadores de prendas deportivas y de ocio en las que figuraban dos franjas paralelas cuyo color contrasta con el color de fondo, pese a la existencia de una serie de marcas figurativas -titularidad de la sociedad “Adidas AG”- y formadas por tres franjas verticales paralelas, de la misma anchura, que se colocan a lo largo de los costados en prendas deportivas y de ocio y con un color que contrasta con el color de fondo de dichas prendas. Lo relevante es que el Tribunal de Justicia descartó que para la apreciación global de todos los factores pertinentes que debe realizarse a fin de determinar la existencia de un riesgo de confusión en el sentido del artículo 5 de la DM (actual art. 10.2,b de la DM 2015/2436, incorporado en el art. 34.2, b LM, y en el ámbito de la marca de la UE, recogido en el art. 9.2, b) RMUE), haya que tomar en consideración la necesidad de que el signo esté disponible. Aunque el público perciba un signo como ornamento, ello no puede obstar a la protección conferida cuando, pese a su carácter decorativo, el signo presente tal similitud con la marca registrada que el público pertinente pueda creer que los productos proceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas económicamente. Igualmente, y en relación con la protección reforzada que recibe la marca renombrada⁹⁴, será suficiente con que el grado de similitud entre el signo y la marca de renombre tenga como efecto que el público establezca un vínculo entre el signo y la marca, sin que el imperativo de disponibilidad constituya un elemento pertinente para comprobar si el uso del signo pretende obtener una ventaja desleal del carácter distintivo o del renombre de la marca o puede causar perjuicio a los mismos⁹⁵.

79. A su vez, el Tribunal negó, en relación con los límites al derecho de marcas establecidos en el artículo 6.1, b de la DM 89/104/CEE, que el imperativo de la disponibilidad constituya una limitación autónoma del derecho de marcas. Pues pese a que la limitación relativa a las indicaciones descriptivas constituye una expresión de tal imperativo, se circunscribe únicamente al supuesto recogido en dicho precepto⁹⁶. De esta forma, sólo se podrá tener en cuenta en la medida en que, en función de los hechos concurrentes, se dé el supuesto descrito en la norma; que en su redacción actual se circunscribe a que el titular de la marca no podrá prohibir a un tercero en el tráfico económico el uso, realizado conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial, de “signos o indicaciones carentes de carácter distintivo, o relativos a la especie, a la calidad, a la cantidad, al destino, al valor, a la procedencia geográfica, a la época de producción del producto o de la prestación del servicio o a otras características del producto o servicio”⁹⁷.

⁹³ Vid. ap. 30, 31 y 34 de la STJ de 10 de abril de 2008, *Adidas*, C-102/07.

⁹⁴ Art. 5.2 de la DM 89/104/CEE. La protección para la marca renombrada se regula actualmente en el art. 10.2, c) DM; así como en los arts. 34.2, c) LM y 9.2, c) RMUE.

⁹⁵ STJ de 10 de abril de 2008, *Adidas*, C-102/07, ap. 43.

⁹⁶ Vid. ap. 47 de la STJ de 10 de abril de 2008, *Adidas*, C-102/07.

⁹⁷ Artículo 4.1, b) RMUE, 14.1b) DM, y 37.1,b) LM. Para una propuesta sobre las posibilidades de aplicación de la referencia que se contiene en el precepto a “los signos carentes de carácter distintivo” vid. A. KUR, *Yellow Dictionaries, Red Banking*

80. Hay que pensar que la decisión de mantener un elemento disponible habría que tomarla antes, no permitiendo en su caso el registro del signo como marca. Una vez concedido, el resto de operadores deberá buscar la forma de que la utilización de tales elementos no vulnere el derecho de exclusiva concedido. Siguiendo la terminología usualmente utilizada por el Tribunal de Justicia, habrá que valorar que la utilización realizada por el tercero no menoscabe o dañe las funciones de la marca⁹⁸, y en particular su función esencial relativa a garantizar al consumidor o al usuario final la identidad de origen del producto designado, permitiéndole distinguir sin confusión posible dicho producto de los que tienen otra procedencia⁹⁹.

81. En cualquier caso, y pese a que estas marcas se sometan a la aplicación de los principios generales (comparación fonética, gráfica y conceptual de los signos enfrentados, valoración de conjunto, determinación del elemento dominante, etc.), esto no evita que entre tales criterios se haya de tomar en consideración aspectos particulares que deriven de la propia naturaleza del signo de que se trate. Por ejemplo, en el caso de la marca de color hay que partir de que el público no está acostumbrado a percibir los colores como marcas sino como una mera característica de los productos. Y esta circunstancia deberá tenerse en cuenta al colocarse en la posición del consumidor medio para determinar cuál es su percepción del signo a fin de determinar si el uso realizado por el tercero lesiona o no las funciones de la marca¹⁰⁰.

82. No se oculta, sin embargo, la importancia de una adecuada delimitación del *ius prohibendi* del titular a la vista del supuesto concreto; partiendo de la necesidad de uso de los colores por los restantes operadores para usos distintos de los marcarios. A las particularidades de la marca de color se refiere una Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, de 27 de marzo de 2018, al señalar que “Su amplio espectro de protección es la razón de su tan limitada aceptación, y a la vez es un elemento que conforma su fortaleza pero también define sus propias limitaciones”. Con este presupuesto en la sentencia se considera que no se infringe el derecho de marca cuando el demandado hace uso de un color similar en un signo mixto con gráfico y elemento denominativo, al descartarse el riesgo de confusión. Sin embargo, estima infracción, tanto de la letra b como la c, del art. 9.1 RMC¹⁰¹, señalando que “debe apreciarse en todo aquel documento o página web, folleto, cartel, uniforme o establecimiento en donde cualquier color próximo al magenta (incluido el PANTONE 675C y cualquier otro que no sea reconocible como rojo o morado dentro de la amplísima gama de tonalidades) se sitúe en posición predominante ya sea desde un punto de vista cuantitativo -por la ocupación de una superficie abrumadora- como cuantitativo -por ausencia de otros colores que no sean meramente neutros e insignificantes como gris, negro o blanco y/o por la mera presencia de unas leyendas sin otros signos, de unos paisajes o de otros elementos meramente decorativos o poco distintivos-“¹⁰².

Services, Some Candies, and a Sitting Bunny Protection of Color and Shape Marks from a German and European Perspective”, en: I. CALBOLL./ M. SENFLEBEN, *The protection of non-traditional trademarks. Critical perspectives*, cit., pp. 89 – 106 (100 y ss.).

⁹⁸ Si en algunas sentencias, al determinar la violación de un derecho de marca, el Tribunal de Justicia aludía al requisito de que el supuesto uso infractor se hubiera realizado a título de marca [vid. ap. 38 de la STJ de 23 de febrero de 1999, *BMW*, C-63/97 (ECLI:EU:C:1999:82)] se aprecia que el Tribunal ha ido abandonando esa referencia para centrarse en que la utilización realizada por el tercero no menoscabe o dañe las funciones de la marca. Si bien la referencia al uso a título de marca si la sigue utilizando nuestro TS. Vid. al respecto, R. GARCÍA PÉREZ, *El derecho de marcas de la UE en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Madrid, Wolters Kluwer, 2019, pp. 710 y ss.; R. GARCÍA PÉREZ, *La expansión del derecho de marca*, cit., pp. 184, 197 y 198.

⁹⁹ Vid., entre otras, la STJ de 17 de octubre de 1990, *HAG II*, C-10/89 (ECLI:EU:C:1990:359), ap. 14. Si bien, el TJ diferencia según la infracción implique una violación de lo dispuesto en la letra a) o en la letra b) del artículo 5. 1 de la Directiva 2008/95. En el primer caso (uso de un signo idéntico en relación con productos o servicios idénticos) se puede impedir el uso que menoscabe o pueda menoscabar cualquiera de las funciones de la marca. Por el contrario, si los signos enfrentados y los productos o servicios para los que estos se usan únicamente son similares (conforme a lo dispuesto en la letra b del precepto), se puede prohibir tal uso del signo sólo si, debido a la existencia de un riesgo de confusión en el público, dicho uso menoscaba o puede menoscabar la función de indicación de procedencia. Vid. así, entre otras, los ap. 26 y 27 de la STJ de 3 de marzo de 2016, *Daimler*, C-179/15 (ECLI:EU:C:2016:134). Y, al respecto, R. GARCÍA PÉREZ, *La expansión del derecho de marca*, cit., pp. 272 y ss.

¹⁰⁰ T.W. DORNIS, “Protection of Colour Per Se”, cit., p. 262; Y sobre la necesidad de que el uso infractor lesiones las funciones de la marca vid., R. GARCÍA PÉREZ, *La expansión del derecho de marca*, cit., pp. 272 y 273.

¹⁰¹ Correspondientes al art. 9.2, b) y c) RMUE.

¹⁰² Vid. el fundamento quinto de la SJM de Alicante de 27 de marzo de 2018 (ECLI:ES:JMA:2018:4929). Esta sentencia fue confirmada por la SAP de Alicante de 25 de abril de 2019 (ECLI:ES:APA:2019:2169)

83. Respecto a la marca de posición, un aspecto inherente a su naturaleza es que está compuesta por dos elementos: el signo, y el lugar o posición en que se coloca sobre el producto. Pues bien, es evidente que en la comparación de conjunto entre los signos enfrentados habrá que tomar en consideración, entonces, esa posición. Tanto más cuando en ocasiones el signo en sí no posea un elevado carácter distintivo (una o dos rallas, una “x”, etc.), pues la concesión de la marca no puede implicar que se le conceda al titular un monopolio automático sobre el uso de ese signo colocado en cualquier lugar del producto¹⁰³. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de octubre de 2021 se destaca que, en el caso de las marcas de posición, el examen del riesgo de confusión no puede hacerse prescindiendo de la posición en la que se coloca el signo sobre el producto, “o, dicho de otro modo, en el análisis de dicho riesgo es especialmente relevante el hecho de que un tercero pueda utilizar un signo idéntico o semejante, colocándolo en el lugar concreto que, según la reproducción de la marca, fue el elegido por el titular para ubicarlo en el producto”¹⁰⁴. Con todo, la posición ha de ser un elemento relevante, pero no definitivo. Deberá hacerse una valoración caso por caso pues si el signo en sí tiene una alta capacidad distintiva, al punto de constituir el elemento dominante, puede apreciarse la existencia de una conducta prohibida aunque el signo supuestamente infractor no esté ubicado en la misma posición sobre el producto¹⁰⁵.

84. E igualmente en el caso de la marca patrón deberá hacerse una valoración de conjunto de los signos afectados. Y dado que este tipo de marca está compuesta por varios elementos que se repiten, es probable que haya de acudir a criterios propios de la comparación entre signos complejos. Por ejemplo, en una Sentencia del Tribunal de Casación italiano del año 2015¹⁰⁶, se descarta el riesgo de confusión entre una marca figurativa previa y un signo reproducido en serie dentro de un patrón gráfico, considerando que, el elemento gráfico es sólo uno de los diversos elementos constitutivos del signo de la demandada, que también incorpora otros en el contexto de un patrón gráfico complejo claramente diferenciable de la marca, teniendo en cuenta la impresión de conjunto que suscita en el consumidor.

VI. Conclusión

85. Se observa, en definitiva, que al permitirse la protección de marcas patrón, marcas de posición y marcas de color se involucran signos que se integran en la apariencia de los propios productos y que pueden ser percibidos como elementos decorativos o funcionales. Una vez que se adopta la decisión legislativa de admitir su registro como marca, parece que ya no es posible dar marcha atrás. El criterio entonces ha de ser utilizar adecuadamente las herramientas que establece el propio Derecho de marcas para impedir la protección de signos que, en vez de ayudar a dar transparencia al mercado como instrumentos de diferenciación de los productos o servicios, impliquen una restricción injustificada de elementos que deberían estar disponibles para todos los operadores. Puede decirse entonces que la contención ante una expansión excesiva del Derecho de marcas está en manos de las autoridades competentes y la aplicación práctica que se haga de las prohibiciones de registro y de la valoración de aquellas conductas que puedan suponer una infracción del derecho de marcas ya concedido.

¹⁰³ *Vid.* los considerandos 10 y 11 de la SAP de Barcelona de 21 de octubre de 2020, ECLI:ES:APB:2020:10013.

¹⁰⁴ *Vid.* los aps. 21 y 25 de la SAP de Alicante de 22 de octubre de 2021, ECLI:ES:APA:2021:2858. La marca se describe como un asterisco con ocho puntas estilizadas de desigual forma y largo, en el color “PANTONE ORANGE021C”, colocado en la suela y el talón exterior de cualquier diseño de calzado. El tribunal toma en consideración que el signo infractor también consiste en un asterisco de igual tamaño y proporción y colocado en el mismo lugar del producto, descartando el tribunal la argumentación de la reclamada de que el uso del asterisco es a título ornamental y que toda confusión se disipa porque en la lengüeta del calzado figura su propia marca.

¹⁰⁵ En este sentido *vid.* M. REY-ALVITE VILLAR, “En torno a la distintividad y ámbito de protección de la marca de color”, en: A. TOBIO/A. FERNÁNDEZ-ALBOR/A. TATO, *Estudios de Derecho Mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. José Antonio Gómez Segade*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 849-864 (862).

¹⁰⁶ Sentencia de la Corte di Cassazione, sezione I, de 24 de noviembre de 2015, n. 23981.

Los órganos de tratados de las Naciones Unidas como alternativa limitada para la salvaguarda de los derechos humanos en España*

United Nations treaty bodies as a limited alternative for the protection of human rights in Spain

ENRIQUE J. MARTÍNEZ PÉREZ

*Profesor Titular de Derecho Internacional público
Universidad de Valladolid*

Recibido:15.12.2022 / Aceptado:27.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7552

Resumen: La presente contribución tiene como objeto examinar la naturaleza jurídica de los pronunciamientos de los órganos de expertos de tratados de carácter universal de derechos humanos desde una perspectiva interna e internacional, con especial atención a los cauces procesales a los que se puede recurrir en España para dar efecto jurídico a sus decisiones.

Palabras clave: Órganos de tratados, comunicaciones individuales, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demandas sucesivas, naturaleza jurídica de las decisiones, cumplimiento de los dictámenes.

Abstract: The aim of this research is to analyze the legal status of pronouncements of expert bodies established under various human rights treaties at the universal level from an international and domestic standpoint, with particular emphasis on remedies and procedures to give legal effect to their decisions in Spain.

Keywords: Treaty bodies, individual complaints, European Court of Human Rights, successive complaints, legal status of decisions, implementation of views.

Sumario: I. Introducción. II. La naturaleza jurídica de los diferentes tipos de pronunciamientos de los órganos de expertos de NU desde una óptica jurídico internacional. 1. Observaciones Finales. 2. Comentarios generales 3. Dictámenes. 4. Y las medidas provisionales. 5 Los procedimientos de seguimiento para supervisar el cumplimiento de las decisiones. III. La posición de los dictámenes en el ordenamiento jurídico español: sobre su obligatoriedad y su valor como fuente interpretativa. IV. Las medidas de los dictámenes como obligaciones de resultado, pero con poco margen de actuación. V. Los cauces procesales en España para dar efecto jurídico a los dictámenes. 1. Vías abiertas: El cauce procedimental contencioso-administrativo especial de protección de los derechos fundamentales [...] 2. [...] que consolida la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado, con ciertas limitaciones. 3. Remedios procesales de revisión. 4. Las dificultades de los procesos de amparo judicial. 5. Y la petición de medidas cautelares. VI. Algunas propuestas de *lege ferenda*. 1. La modificación de la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. 2. El modelo colombiano: apostando por un procedimiento administrativo no judicializado. VII. Los órganos de expertos como segunda

*Trabajo realizado en el marco del proyecto «La incidencia de la jurisprudencia de los tribunales europeos y de los órganos de expertos en el derecho interno» (PID2020-17611 GB-I00/AEI / 10.13039/501100011033) y del GIR de la Universidad de Valladolid “Derecho de Familia y Derechos Humanos. Family Law and Human Rights”.

oportunidad: ¿una apelación *de facto*? 1. Nuevo examen cuando se rechazan por motivos puramente formales. 2. Límites temporales de control y demandas simultáneas idénticas. 3. Reclamaciones colectivas y la ausencia de disposiciones equivalentes en ambos sistemas. 4. La insuficiencia de las instituciones clásicas para resolver esta reiteración: las reservas. VIII. Una orientación *pro homine* más generosa desde Naciones Unidas. 1. Una interpretación convencional, en principio, desde una óptica cosmopolita. 2. Pero que no evita algunas construcciones doctrinales divergentes. 3. Y que el principio de integración sistémica no resuelve por estar modulado por la doctrina del margen de apreciación. X. Conclusiones.

I. Introducción

1. El ámbito europeo se enfrenta a un complejo escenario de pluralismo normativo en materia de derechos fundamentales con la presencia de diversos instrumentos jurídicos internos y regionales en la materia. Esta difícil coexistencia se complica aún más por la proliferación de tratados de carácter universal con sus órganos propios de supervisión. Una de las consecuencias de este intrincado panorama no es ya el riesgo, sino la presencia real de interpretaciones divergentes, incluso en casos en los que los textos normativos son muy similares.

2. Esta diversidad no tiene que ser *per se* negativa, e incluso es hasta cierto punto lógica, dado que no estamos ante un *metasistema homogéneo jerárquico*¹, pero se convierte en un problema cuando deriva en una falta de previsibilidad y seguridad jurídica, que puede llevar aparejada una defensa de los derechos y libertades con un nivel de protección inferior e incluso dificultades internas para dar efectividad a resoluciones contradictorias. Aunque este pluralismo jurídico es inevitable, debemos plantearnos la posibilidad de recurrir a herramientas y métodos hermenéuticos que mejoren la comunicación entre los diferentes órganos de supervisión.

3. Aunque el valor jurídico de las decisiones de los tribunales regionales no es discutido en el ámbito jurídico internacional, sí que lo es cuando se analizan los pronunciamientos de los órganos de expertos creados por tratados en el marco de Naciones Unidas². Es preciso, por tanto, conocer su tipología y su alcance, tomando como referencia, entre otros, el análisis llevado a cabo recientemente por la Comisión de Derecho Internacional, sobre todo desde el punto de vista hermenéutico.

4. La multiplicidad de órganos de control puede dar lugar, en los casos de soluciones hermenéuticas dispares, no ya a la búsqueda del foro más favorable, sino a quejas o demandas sucesivas con resultados dispares. Esto se debe, entre otras razones, a que los criterios actuales de admisibilidad de las demandas son muy diferentes en el ámbito regional y universal, así como su jurisprudencia al respecto, lo que permite que asuntos similares sean examinados ante dos instancias internacionales diferentes.

5. A la hora de elegir el mecanismo al que acudir, la víctima no solo deberá tener en cuenta la jurisprudencia que más le favorezcan, sino también cuáles son los efectos jurídicos internos de sus pronunciamientos. En este punto, deberán valorar el carácter vinculante de sus decisiones, así como los mecanismos reparadores que contemplan. Frente a la naturaleza obligatoria de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cumplimiento de las emanadas de los órganos de control del sistema universal depende de cada ordenamiento interno. Nos encontramos así con mecanismos internos muy diferentes, de naturaleza administrativa y judicial, que o bien han sido desarrollados legislativamente, o bien son fruto de la jurisprudencia.

¹ Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, doc. A/CN.4/L.682, de abril de 2006, párr. 493.

² Se trata de una expresión que tomamos prestada de la Comisión de Derecho Internacional: "Conclusión 13. Pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados". *Texto del proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70 periodo de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), doc. A/73/10, p. 115.

6. En España, ante el silencio del legislador, ha sido la justicia la que ha ido determinando caso por caso los cauces procesales a disposición de los individuos. Pero lo cierto es que no eran muy numerosos los asuntos que se planteaban ante los tribunales internos, seguramente porque las sentencias habían sido muy concluyentes sobre la naturaleza de estos dictámenes: no son resoluciones judiciales, pues no emanan de un órgano de naturaleza jurisdiccional, de modo que no pueden tener más valor que el meramente interpretativo y con ciertas condiciones.

7. El punto de inflexión se produjo con la sentencia 1263/2018 del Tribunal Supremo en el caso Ángela González Carreño³, al declarar el carácter vinculante para el Estado de un dictamen del Comité de la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer)⁴. A partir de este momento, se produjo una avalancha de demandas donde se ha tenido que examinar la viabilidad de ciertos remedios judiciales internos para dar efectos jurídicos a estos pronunciamientos, al carecer nuestro país de procesos autónomos.

8. Se trata además de una cuestión presente en el ámbito político, con mandatos claros al Ministerio de Justicia para hacer propuestas normativas que resuelvan los problemas sistémicos derivados del cumplimiento de los dictámenes. Y de gran preocupación en el ámbito judicial, hasta tal punto de publicarse, por ejemplo, una circular de la Abogacía General del Estado en 2020 en aras a aplicar criterios de actuación uniformes⁵. En cualquier caso, aún no se han aprobado aún procedimientos nuevos, lo que nos exige examinar los desarrollos jurisprudenciales más recientes, que nos muestran los cauces procesales adecuados para dar efecto a estos dictámenes.

II. La naturaleza jurídica de los diferentes tipos de pronunciamientos de los órganos de expertos de NU desde una óptica jurídico internacional

9. No todos los instrumentos convencionales de protección de los derechos humanos de carácter universal han creado órganos de supervisión del cumplimiento de sus respectivas obligaciones jurídicas. Y no todos ellos ejercen las mismas funciones, pues los tratados que los han creado les atribuyen competencias diferentes. En todo caso, su tarea la llevan a cabo esencialmente a través de tres mecanismos de protección autónomos que dan lugar a pronunciamientos con unos efectos jurídicos diferentes, donde se evalúan situaciones fácticas y normativas.

1. Observaciones finales

10. Todos los tratados de ámbito universal contemplan un mecanismo común de supervisión, sin posibilidad de exclusión, que consiste en la obligación de todos los Estados parte de presentar informes

³ STS 1263/2018, de 17 de Julio (ES:TS:2018:2747).

⁴ Los primeros estudios en analizar este pronunciamiento se publicaron en esta misma revista: C. GUTIÉRREZ ESPADA, “La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, Cuadernos de derecho transnacional, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 836-851; y en la Revista Española de Derecho Internacional: C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los «dictámenes» adoptados por Comités de derechos humanos: Algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio”, REDI, vol. 71, núm. 1, 2019, pp. 241-250. En una sección del volumen 23 (2019) del *Spanish Yearbook of International Law* titulada “A discussion on international human rights bodies’ decisions and Spain”, se publicaron más tarde los trabajos de C. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (“Human Rights Committees: Their nature and legal relevance in Spain”), E. JIMÉNEZ PINEDA (“A commentary on the Supreme Court’s Judgment of 17 July 2018 (STS 1263/2018) and its supposed impact for a legally binding value of the decisions adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW)”) y J. CARDONA LLORENS (“The Legal Value of the Views and Interim Measures Adopted by United Nations Treaty Bodies”).

⁵ Circular 1/2020. Traslado de nota «La naturaleza jurídica de las resoluciones dictadas por los comités encargados del seguimiento de los Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas», disponible en Anales de la Abogacía General del Estado 2020, BOE, pp. 292-304.

periódicos sobre las medidas adoptadas para cumplir con las obligaciones dimanadas de ellos y sobre los progresos realizados para garantizar el respeto de los derechos reconocidos. No estamos ante un procedimiento de naturaleza jurisdiccional, donde se puedan declarar la violación de una disposición del tratado, que persigue la aplicación de medidas coactivas; tampoco tiene como misión el simple esclarecimiento de cuestiones de hecho, sino que nos encontramos mas bien con un instrumento de cooperación que se articula mediante un diálogo constructivo para inducir a los Estados afectados a que cumplan con los compromisos asumidos⁶.

11. No se trata de una pura obligación procedimental de carácter formal, pues persigue además otros objetivos: un examen de la legislación, las normas y procedimientos administrativos y las diversas prácticas nacionales; la vigilancia de la situación real de cada uno de los derechos; la comprobación de la adopción de políticas que marquen las prioridades acordadas; facilitar el examen público de las políticas de los gobiernos; proporcionar una base sobre la cual se pueda evaluar de manera efectiva los progresos realizados; la mejor comprensión de los problemas y limitaciones con las que se enfrentan; y el intercambio de información entre los Estados y los Comités para una mejor comprensión de los problemas comunes⁷.

12. El examen de los informes, tras el diálogo con el Estado parte, concluye con la aprobación por parte de los Comités de sus *Observaciones Finales*, que en la práctica se estructuran en cuatro apartados: introducción, aspectos positivos, principales motivos de preocupación y recomendaciones y difusión de información y seguimiento⁸. Así pues, desarrollan una tarea persuasiva, proponiendo la adopción de las medidas y el asesoramiento necesario a los Estados en diferentes materias para que actúen de conformidad con sus obligaciones de los tratados. Dejan por supuesto a los responsables públicos un amplio margen de apreciación para elegir los medios a través de los cuáles conseguir el resultado marcado por los órganos de control⁹.

13. Las observaciones, dado el carácter recomendatorio, no producen efectos jurídicos obligatorios *per se*; es más, su impacto jurisprudencial es bastante excepcional, aunque no inexistente. El Tribunal Internacional de Justicia, por ejemplo, con el objeto de corroborar su interpretación sobre el ámbito de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, esto es, si era aplicable cuando el Estado ejercía su jurisdicción en territorio extranjero, recurrió a las *Observaciones Finales* sobre Israel¹⁰ en la medida que constituía una *práctica habitual* del Comité de Derechos Humanos que *concordaba* con su interpretación¹¹. En cualquier caso, están siempre obligados a cumplir de buena fe con las obligaciones convencionales y a no realizar ningún acto que entorpezca el objeto y fin del tratado, por lo que deben tener en cuenta las recomendaciones sobre las estrategias y políticas a seguir para fomentar la correcta observación de los derechos humanos enunciados en ellos¹².

⁶ J. CARDONA LLORENS, “El valor jurídico de los actos adoptados por los órganos de tratados de derechos humanos: la necesidad de distinguir entre los distintos actos y entre los efectos jurídicos internacionales e internos”, en E. MARTÍNEZ PÉREZ (coord.), *Cuestiones actuales en torno a la aplicación de normas y obligaciones en materia de derechos humanos: diálogo con la práctica y otras disciplinas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 124.

⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 1, *Presentación de informes por los Estados Parte*, Doc. E/1989/22, de 24 de febrero de 1989.

⁸ A modo de ejemplo, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Haití*, doc. CRPD/C/HTI/CO/1, de 13 de abril de 2018; Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Liberia*, doc. CCPR/C/LBR/CO/1, de 27 de agosto de 2018.

⁹ Con más detalle, W. KÄLIN, “Examination of state reports”, en H. KELLER y G. ULFSTEIN, (eds), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 35-37.

¹⁰ Doc. CCPR/C/79/Add.93, de 18 de agosto de 1998; doc. CCPR/CO/78/ISR, de 21 de agosto de 2003.

¹¹ *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión consultiva de 9 de julio de 2004, *ICJ Reports* (2004), párr. 110.

¹² W. KÄLIN, “Examination of state reports”, *op. cit.*, pp. 31-32.

2. Comentarios generales

14. Los órganos de control suelen presentar periódicamente recomendaciones donde se señalan de manera coherente y ordenada orientaciones hermenéuticas sobre derechos sustantivos específicos o cuestiones transversales que dimanan de las disposiciones convencionales cuya supervisión es de su competencia¹³.

15. Su fundamento no solo lo encontramos en la redacción del apartado 4 del artículo 40 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; su competencia puede apoyarse también por la existencia de una *práctica ulterior* (en el sentido del artículo 31.3.b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ante la ausencia de protestas u objeción alguna por parte de los Estados. Asimismo, se defiende que, por aplicación de la teoría de los poderes *implícitos*¹⁴, el Comité dispondría de competencias, no previstas expresamente en los correspondientes tratados, para la realización de su cometido¹⁵.

16. Responden a una variedad de finalidades¹⁶. La primera de ellas tiene una dimensión práctica: presentar orientaciones y apoyo a los órganos administrativos del Estado, a la sociedad civil y a los operadores jurídicos que participan en la elaboración de informes. Se trata de transmitir la experiencia, la práctica del propio Comité, en aras a promover una correcta aplicación ulterior de Pactos y Convenios, y así estimular actividades de promoción de los derechos humanos. En segundo lugar, constituye un análisis interpretativo de las disposiciones convencionales, donde se indica a los órganos judiciales y responsables públicos el modo de aplicar el tratado: en él se indica el alcance de determinados derechos, precisando no solo su ámbito de aplicación sino también los criterios jurídicos que determinan su violación. Y en tercer lugar tiene una función claramente recomendatoria, para conseguir una cierta armonización de las prácticas estatales: se ponen de manifiesto las deficiencias de los informes presentados a la vez que se sugieren mejoras en el procedimiento de supervisión¹⁷.

17. Sus efectos jurídicos nos son fáciles de dilucidar porque los *Comentarios generales* combinan elementos de *lex lata* con algunas propuestas de *lege ferenda*, de ahí que podamos encontrar partes del texto donde se detalla el contenido básico de las obligaciones convencionales, asentadas en firmes prácticas interpretativas, con otras más abstractas que aspiran a guiar la actuación estatal¹⁸. En todo caso, para algunos autores no tiene ningún valor jurídico; no son sino meros instrumentos de *soft law* que pueden, no obstante, contribuir a la gestación de una norma consuetudinaria¹⁹. Pueden, eso sí, servir de ayuda a las autoridades para acomodar la legislación vigente a lo fijado en los respectivos tratados, de igual modo que pueden convertirse en una herramienta de gran valor para conformar la *ratio decidendi* de las decisiones de los tribunales internos²⁰. No en vano, los Estados las tendrán muy en cuenta porque son conscientes que constituyen el punto de referencia a partir del cual supervisarán el comportamiento de los Estados²¹.

¹³ Cfr., P. ALSTON, "The Historical Origins of "General Comments" in Human Rights Law", en L. BOISSON DE CHAZOURNES y V. GOWLLAND-DEBBAS (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality/L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité : Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, Nijhoff, La Haya, 2001, p. 775.

¹⁴ *Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, opinión consultiva de 11 de abril de 1949, *CIJ Reports* (1949), pp. 179 y 182; *Licitud del empleo de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado*, opinión consultiva de 8 de julio de 1996, *CIJ Reports* (1996), p. 79 (párr. 25).

¹⁵ Vid. H. KELLER y L. GROVER, "General Comments of the Human Rights Committee and their Legitimacy", en H. KELLER y G. ULFSTEIN (eds), *UN Human Rights Treaty Bodies...*, op. cit., pp. 127-128.

¹⁶ Informe del Comité de Derechos Humanos, Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/36/40), anexo VII, de 29 de septiembre de 1981.

¹⁷ H. KELLER y L. GROVER, "General Comments of the Human Rights Committee and their Legitimacy", op. cit., pp. 142-145.

¹⁸ *Ibid.*, p. 145-146.

¹⁹ K. MECHLEM, "Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42, 2009, p. 930; D. SHELTON, "Commentary and Conclusions", en D. SHELTON (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of non-binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, Oxford 2000, p. 451.

²⁰ H. KELLER y L. GROVER, "General Comments of the Human Rights Committee and their Legitimacy", op. cit., p. 129.

²¹ T. OPSAHL, "*The Human Rights Committee*", en P. ALSTON (ed.), *The United Nations and Human Rights. A Critical Appraisal*, Oxford University Press, New York, 1992, p. 416.

18. El Tribunal Internacional de Justicia, como en el caso anterior, ha tenido presente el contenido de los *Comentarios generales* para determinar el significado de ciertas cláusulas convencionales²², teniendo en cuenta, en ciertos casos, la evolución de la práctica del propio Comité. Así, en su opinión consultiva sobre el *Fallo n.º 2867 del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo con motivo de la demanda presentada contra el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola*, puso de manifiesto las enormes diferencias que con el paso del tiempo se había producido en los pronunciamientos del Comité²³, llegando a la conclusión de que el derecho a la igualdad implicaba una igualdad de medios procesales, la garantía de los mismos recursos de apelación o remedios similares disponibles a menos que pudiese justificarse una excepción por motivos objetivos y razonables²⁴.

19. Con independencia de la ausencia de su carácter vinculante, las decisiones de los Comités deberían ser tomadas en cuenta por los órganos internos si son consideradas “una práctica ulteriormente seguida” en la interpretación del tratado en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b) de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados. Resulta en primer lugar muy controvertido afirmar que las propias decisiones de los órganos puedan constituir en sí mismas una práctica ulterior²⁵. No estamos ante una interpretación *cuasi auténtica* que suponga una prueba objetiva de la manera en que las Partes entienden el significado del tratado²⁶, pues los órganos de supervisión tienen un carácter restringido (con un número de miembros que no coincide con el número de Estados parte) y están integrados por expertos independientes que ejercen sus funciones “a título personal”, y, por tanto, que no siguen las instrucciones de los respectivos gobiernos²⁷. Por tanto, no estamos ante órganos integrados por representantes de los Estados, como la *Conferencia de las Partes*²⁸, cuyas decisiones sí que podrían considerarse, o bien un acuerdo ulterior si la decisión fuese fruto de la votación unánime de todas las partes²⁹, o bien podría ser una práctica ulterior si fuese por consenso, pues no sería necesario la aceptación expresa de todos los Estados parte³⁰.

20. Un pronunciamiento puede conducir no obstante a una práctica ulterior si se demuestra la existencia del acuerdo entre las partes sobre el sentido que debe darse a un determinado derecho. Aunque no es necesario que todas ellas sigan una determinada práctica, sí que debe ser aceptada por las demás. En principio, ese silencio o falta de objeciones podría interpretarse, como se desprende de la jurisprudencia internacional, como una aceptación. Pero como hemos visto más arriba, algunas decisiones, como las *Observaciones Finales*, tienen como destinatarios a determinados Estados lo que no suele dar lugar a la reacción del resto de Estados parte en el tratado en cuestión. Por tal razón, la Comisión

²² *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, cit., párr. 136.

²³ Observación General n.º 13. *Administración de justicia (artículo 14)*, doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 13 de abril de 1984, párr. 2; Observación General n.º 32. *Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, doc. CCPR/C/GC/32, de 23 de agosto de 2007, párr. 13.

²⁴ *Fallo n.º 2867 del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo con motivo de la demanda presentada contra el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola*, opinión consultiva de 1 de febrero de 2012, CIJ Reports (2012), párr. 39.

²⁵ M. KANETAKE, “UN Human rights treaty monitoring bodies before domestic courts”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 67, 2018, p. 218; G. Ulfstein, “Individual complaints”, en H. KELLER y G. ULFSTEIN, (eds), *UN Human Rights Treaty Bodies...*, op. cit., p. 97; R. Van Alebeek y A. Nollkaemper, A., “The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law”, en H. KELLER y G. ULFSTEIN, (eds), *UN Human Rights Treaty Bodies...*, op. cit., p. 409.

²⁶ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1966), volumen II, página 221, párrafo 15.

²⁷ *Texto del proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*, cit., p. 116.

²⁸ D. BODANSKY, J. BRUNNÉE y L. RAJAMANI, *International Climate Change Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 94; J. BRUNNÉE, “COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements”, *Leiden journal of international law*, vol. 15, 2002, p. 31; R. CHURCHILL y G. ULFSTEIN, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: A little-noticed phenomenon in international law”, *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, p. 641.

²⁹ *Texto del proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*, cit., p. 91 y ss.

³⁰ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1966), volumen II, página 222, párrafo 15. En este sentido, véase el informe del Órgano de Apelación de OMC en el asunto *Comunidades Europeas-Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados* (Doc. WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, de 12 de septiembre de 2005, párrs. 255 y ss.).

de Derecho Internacional ha sido en este caso más prudente, considerando que debe establecerse una presunción contra el silencio como aceptación³¹.

21. Consideramos entonces que será en el marco de este procedimiento de adopción de los *Comentarios Generales* donde los Estados tendrán la oportunidad de expresar su posición ya que todos ellos están invitados a formular observaciones cada vez que se presente un proyecto por parte de los respectivos Comités³². Además, podemos descubrir de los actos normativos de los órganos de las organizaciones internacionales muchas referencias (explícita o implícitamente) a este tipo de pronunciamientos, sobre todo en las resoluciones de la Asamblea General³³, que, dada la naturaleza plenaria del órgano que las adopta, con la casi totalidad de los Estados que componen la sociedad internacional, facilita la identificación de los acuerdos de las partes.

3. Dictámenes

22. La opinión doctrinal y jurisprudencial acerca del valor jurídico de las decisiones con las que concluye el procedimiento de comunicaciones o reclamaciones de los particulares es muy diferente a las anteriores. Cabe recordar que estamos ante el mecanismo más avanzado, más perfeccionado, y el que ofrece un mayor grado de protección a los individuos³⁴; pero es un sistema facultativo que exige o bien la ratificación por parte del Estado del correspondiente protocolo o bien una declaración de aceptación de la competencia del Comité para recibir comunicaciones de personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Además, algunos mecanismos de denuncias previstos en los tratados aún no están vigor³⁵.

23. De todos los instrumentos de control, este representa la mayor interferencia en el ámbito interno de los Estados ya que los órganos de supervisión pueden determinar la violación de sus obligaciones internacionales³⁶. Se convierte así no solo en una vía para conseguir una reparación personal por la conculcación de los derechos reconocidos convencionalmente, sino también en una herramienta para desalentar cualquier otro incumplimiento, induciendo al cambio de conductas estatales que no se ajustan a las obligaciones asumidas³⁷.

24. En la medida en que solo son admisibles aquellas reclamaciones que hayan agotado todos los recursos internos disponibles, se entiende que el asunto denunciado ha sido examinado previamente por las autoridades administrativas y judiciales nacionales. No estamos ante una continuación del procedimiento nacional, ante una instancia de apelación, sino ante un proceso de revisión independiente, que no se detiene en la interpretación de los hechos³⁸ ni en un análisis abstracto de la compatibilidad de la legislación nacional con el tratado de derechos humanos³⁹, a menos que las decisiones sean manifiestamente arbitrarias o equivalgan, por otro concepto, a una denegación de justicia⁴⁰.

³¹ *Texto del proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*, cit., p. 122.

³² Sobre el procedimiento de participación véase H. KELLER Y L. GROVER, "General Comments of the Human Rights Committee and their Legitimacy", *op. cit.*, p. 129.

³³ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 68.º período de sesiones (2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016), *cit.*, p. 252-253.

³⁴ C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, "La protección internacional de los derechos humanos", en M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18.ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, p. 685.

³⁵ Como es el caso de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, al no haberse aún depositado aún las declaraciones de al menos diez Estados Parte.

³⁶ G. ULFSTEIN, "Individual complaints", *op. cit.*, p. 75.

³⁷ K. MECHLEM, "Treaty Bodies and the Interpretation...", *cit.*, p. 926.

³⁸ *Benon Pjetri c. Suiza*, comunicación n.º 53/2013, doc. CERD/C/91/D/53/2013, de 23 de enero de 2017, apartado 7.5.

³⁹ *Murat Er c. Dinamarca*, comunicación n.º 40/2007, doc. CERD/C/71/D/40/2007, de 8 de agosto de 2007, párr. 7.2.

⁴⁰ Entre otras, *Smartt c. la República de Guyana*, comunicación n.º 867/1999, doc. CCPR/C/81/D/867/1999, de 6 de julio de 2004, párrafo 5.3; *Cuartero Casado c. España*, comunicación n.º 1399/2005, doc. CCPR/C/84/D/1399/2005, de 25 de julio de 2005, párrafo 4.3.

25. La tarea principal de los Comités es comprobar si se ha producido una violación del derecho protegido en el caso concreto. No obstante, en sus conclusiones, se suelen incluir recomendaciones adicionales. Algunas de ellas son bastante precisas, como las que exigen una reparación integral, medidas de satisfacción adecuadas o una indemnización económica (incluso determinando el importe de las indemnizaciones), la revisión de una decisión administrativa o judicial, la puesta en libertad de un preso, la no expulsión de la víctima, la devolución de los bienes, la investigación de los hechos o la obligación de proporcionar un recurso efectivo. Otras son menos detalladas, más generales, que exigen incluso una labor interpretativa para dilucidar lo que se requiere en ellas, entre las que se encuentran todas aquellas relativas a la revisión del marco jurídico concreto que origina la violación o las que exigen el compromiso de evitar que se cometan violaciones semejantes.

26. A pesar, una vez más, de la falta de acuerdo sobre su concreto valor jurídico, hay cierto consenso en no considerar a este tipo de decisiones como meras recomendaciones⁴¹. Como ha afirmado el propio Comité de Derechos Humanos, representa “un pronunciamiento autorizado” encargado de la interpretación de ese instrumento, que presenta rasgos similares a una decisión de un órgano jurisdiccional, pues es adoptado “con espíritu judicial, concepto que incluye la imparcialidad y la independencia de los miembros del Comité, la ponderada interpretación del lenguaje del Pacto y el carácter determinante de las decisiones”⁴². El Tribunal Internacional de Justicia, por su parte, considera que se ha construido, a partir de las decisiones en respuesta a las comunicaciones individuales, un considerable cuerpo de jurisprudencia interpretativa, por lo que, aunque sin estar obligado a seguir el criterio marcado por el Comité, debe asignar “mucho peso” a la interpretación adoptada por él. Todo ello con el fin de “lograr la claridad necesaria y la congruencia esencial del Derecho internacional, así como la seguridad jurídica, a la que tienen derecho tanto los individuos con derechos garantizados como los Estados obligados a cumplir las obligaciones convencionales”⁴³. De este modo, ha tenido presente, por ejemplo, lo dictaminado por el Comité contra la Tortura⁴⁴ a la hora de determinar el alcance temporal de las obligaciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otras Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes⁴⁵.

27. En la doctrina española, algunos autores defienden que la labor que ejercen los Comités es una función jurisdiccional, que no difiere de la que desempeñan otros tribunales regionales⁴⁶. Son órganos cuasi-judiciales, que respetan los principios de contradicción, motivación y publicidad, de modo que sus decisiones son una “especie de jurisprudencia” o “guía” sobre el contenido concreto de los derechos relacionados, que constituye referencias de enorme interés para los Estados parte y sus órganos⁴⁷. Otros, más reticentes a esta equiparación, consideran no obstante que los dictámenes formulan “una interpretación cualificada puesto que los propios Estados le han atribuido al órgano de expertos, aunque sea implícitamente, la competencia de interpretar el tratado [...], que no puede ser desconocida para definir el alcance de las obligaciones que se derivan del tratado, y está llamada a tener efectos sobre los Estados parte al menos en la medida en que hayan reconocido competencia al Comité para recibir y examinar comunicaciones individuales en las que se pretenda que el Estado no ha aplicado o ha aplicado incorrectamente, violándolas, las obligaciones contenidas en la Convención”⁴⁸.

⁴¹ G. ULFSTEIN, “Individual complaints”, op. cit., p. 93.

⁴² Observación General nº 33, *Obligaciones de los Estados partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, doc. CCPR/C/GC/33, de 25 de junio de 2009, párr. 11 y 13.

⁴³ *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, sentencia de 30 de noviembre de 2010, *ICJ Reports* (2010), párr. 66

⁴⁴ *O.R., M.M. y M.S. c. Argentina*, comunicación nº 1/1988, 2/1988 y 3/1988, doc. CAT/C/WG/3/DR/1, 2 y 3/1988, de 23 de noviembre de 1989.

⁴⁵ *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, sentencia de 20 de julio de 2012, *ICJ Reports* (2012), párr. 101.

⁴⁶ J. CARDONA LLORENS, “El valor jurídico de los actos adoptados...”, op. cit., pp. 128-129.

⁴⁷ C. GUTIÉRREZ ESPADA, “La aplicación en España de los dictámenes...”, op. cit., p. 845.

⁴⁸ C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos...”, op. cit., pp. 248-249.

4. Y las medidas provisionales

28. Aunque solo unos pocos instrumentos internacionales de derechos humanos permiten expresamente que se tomen medidas provisionales para evitar daños irreparables a las víctimas de la presunta violación, incluyendo tal posibilidad en sus respectivos protocolos facultativos⁴⁹ o reglamentos internos⁵⁰, todos ellos las han adoptado en algún momento. Dichas actuaciones se fundamentan, según la doctrina, en la citada teoría de los *poderes implícitos*⁵¹ y en un principio general del derecho, *restitutio in integrum*, que reclama la vuelta a la situación anterior a la violación para garantizar el disfrute del derecho lesionado⁵².

29. Las medidas suelen tener como objetivo proteger la vida, la seguridad y la integridad personal del autor de la demanda⁵³, siendo por tanto muy frecuentes, y examinadas de manera muy estricta, en el marco de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, sobre todo en los casos de expulsión al país de origen (no devolución)⁵⁴, pues no en vano la tortura y la pena de muerte son sin duda “la más grave e irreparable de las posibles consecuencias para un particular de las medidas adoptadas por el Estado Parte”⁵⁵. Pero se han adoptado por otros Comité y en otros ámbitos, evitando, por ejemplo, el desalojo y la demolición de viviendas sin una reubicación previa de un asentamiento romaní⁵⁶ o el sacrificio forzoso de renos por parte del Estado que pondría en peligro el trabajo y modo de vida tradicional del pueblo indígena Sami⁵⁷.

30. Nuestras autoridades nacionales han sido también requeridas para que adopten este tipo de medidas. De hecho, el Comité de los Derechos del Niño ha reprimido severamente a España por no cumplir con las medidas ordenadas por él, que consistían en trasladar al autor de la comunicación a un centro de protección de menores y ofrecerle un tratamiento médico adecuado mientras se estuviese examinando el asunto⁵⁸.

31. El Comité de Derechos Humanos, en la ya citada *Observación General n.º 33*, ha indicado que la ignorancia de las medidas temporales “incumple la obligación de respetar de buena fe el procedimiento de las comunicaciones individuales establecido en el Protocolo Facultativo”⁵⁹. Constituyen, pues, un instrumento esencial para el desempeño de sus funciones, de modo que su rechazo podría socavar la salvaguarda de los derechos reconocidos, dando lugar a una violación de las obligaciones asumidas convencionalmente⁶⁰. En este sentido, el Comité de Derechos del Niño, en otro asunto relativo a España, ha considerado que estas medidas son fundamentales para asegurar la efectividad del mecanismo de las denuncias de los particulares, de modo que su inobservancia constituye en sí misma una violación del Protocolo Facultativo⁶¹.

⁴⁹ Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 5); Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 4).

⁵⁰ Reglamento del Comité de Derechos Humanos (última versión aprobada en la 3567ª sesión del Comité, durante su 124º período de sesiones), doc. CCPR/C/3/Rev.11, de 9 de enero de 2019 (art. 94); Reglamento del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, doc. CRPD/C/1/Rev.1, de 10 de octubre de 2016.

⁵¹ G. ULFSTEIN, “Individual complaints”, *op. cit.*, p. 101.

⁵² O., DELAS, M. THOUVENOT y V. BERGERON-BOUTIN, “Quelques considérations entourant la portée des décisions du Comité des droits de l’homme”, *Revue québécoise de droit international*, vol. 30, 2, 2017, p. 42.

⁵³ *Fernando c. Sri Lanka*, comunicación n.º 1189/2003, doc. CCPR/C/83/D/1189/2003, de 10 de mayo de 2005, párr. 5.5.

⁵⁴ Entre otras, *H.R.E.S. c. Suiza*, comunicación n.º 783/2016, doc. CAT/C/64/D/783/2016, de 1 de octubre de 2018, párr. 2.14.

⁵⁵ *Mansour Ahani c. Canadá*, Comunicación n.º 1051/2002, CCPR/C/80/D/1051/2002, de 15 de junio de 2004, párr. 8.1.

⁵⁶ “*I Elpida*” —la Asociación Cultural de Griegos Gitanos de Halandri y los Suburbios— y *Stylianios Kalamiotis c. Grecia*, comunicación núm. 2242/2013, doc. CCPR/C/118/D/2242/2013, de 3 de enero de 2017.

⁵⁷ *Kalevi Paadar y otros c. Finlandia*, comunicación n.º 2102/2011, CCPR/C/110/D/2102/2011, de 5 de junio de 2014, párr. 1.2.

⁵⁸ *J. A. B. c. España*, comunicación n.º 22/2017, CRC/C/81/D/22/2017, 9 de julio de 2019 (párr. 13.13).

⁵⁹ Observación General n.º 33, *cit.*, párr. 19.

⁶⁰ *Mansour Ahani c. Canadá*, *cit.*, párr. 8.2.

⁶¹ En contra de la postura de las autoridades españolas, observó que “toma nota del argumento del Estado parte en el sentido de que el traslado del autor a un centro de protección de menores podría suponer un grave riesgo para los niños que se

5. Los procedimientos de seguimiento para supervisar el cumplimiento de las decisiones

32. Los órganos de control han venido solicitando a los Estados parte la presentación de informes periódicos donde se recojan las medidas adoptadas en aplicación de las recomendaciones realizadas. En los últimos años, además, cada uno de ellos, tomado como modelo el sistema desarrollado por el Comité de Derechos Humanos⁶², ha ido aprobando procedimientos escritos propios de seguimiento⁶³. Y lo han hecho sin una clara base competencial, si bien la doctrina considera, de nuevo, que su desarrollo queda justificado sobre la base de los *poderes implícitos* de los Comités⁶⁴. Solo algunos tratados más recientes, como el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, contemplan la obligación de informar sobre las actuaciones estatales en función de las opiniones del Comité⁶⁵.

33. Los procedimientos adoptados siguen un esquema muy parecido como a continuación explicaremos. En el caso de las observaciones fruto de los informes de los Estados parte, el seguimiento corre a cargo de un Relator o un coordinador que tiene como misión evaluar el informe presentado por los Estados. Los Comités seleccionan entre dos y cuatro recomendaciones, las que requieren una atención más inmediata debido a su gravedad o por el carácter urgente de la situación, que pueden ser contestadas en el plazo de uno o dos años. La evaluación es de índole cualitativa basado en un sistema de calificación por escalas con arreglo a distintas categorías (por ejemplo, el Comité de derechos Humanos utiliza los siguientes criterios: medidas satisfactorias; medidas no satisfactorias, falta de cooperación y medidas que contravienen las recomendaciones). El procedimiento es bastante similar cuando estamos ante dictámenes consecuencia de denuncias de los particulares, pues cuenta igualmente con un Relator elegido entre los miembros de los Comités y un sistema de calificación con diferentes categorías⁶⁶.

34. Aunque el Estado no tome las medidas adecuadas, se mantiene un diálogo con él para ayudar a dar cumplimiento a las recomendaciones recogidas en el dictamen. Su observancia solo puede abordarse pues desde una perspectiva facilitadora, mediante incentivos o asistencia de diversa índole. Ahora bien, si no encuentra la colaboración del Estado infractor en un plazo de tiempo determinado, se pondrá fin al procedimiento, adoptando la decisión de no seguir abordando esta cuestión. No se disponen de medios de aplicación coactiva, por lo que la única medida disponible para presionar al Estado es la de publicar y difundir (en siguientes observaciones) su falta de cooperación.

35. Para la doctrina, la existencia de tales procedimientos es una prueba más del efecto jurídico de los dictámenes, pues de lo contrario no habrían sido creados por los propios Comités con el consentimiento de los Estados. De este modo, el Estado, cuando se constate una violación, “no pueden permanecer inactivo, sino que tiene que suministrarle información “sobre las medidas que ha adoptado para dar efecto” al dictamen del comité”⁶⁷.

encuentran en esos centros. Sin embargo, el Comité observa que este argumento descansa sobre la premisa de que el autor es una persona mayor de edad. El Comité considera que el riesgo mayor es de enviar a un potencial niño a un centro que alberga solamente a adultos reconocidos” (*N. B. F. c. España*, comunicación núm. 11/2017, CRC/C/79/D/11/2017, de 18 de febrero de 2019, párr. 12.11).

⁶² *Nota del Comité de Derechos Humanos sobre el procedimiento de seguimiento de las observaciones finales*, aprobada por el Comité en su 108º período de sesiones (8 a 26 de julio de 2013), doc. CCPR/C/108/2, de 21 de octubre de 2013.

⁶³ Al respecto, V. BOU FRANCH, “Las comunicaciones individuales contra España presentadas en el Comité de Derechos Humanos y su incidencia en el derecho español”, en C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (Coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de Derechos Humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 52-62.

⁶⁴ M. SCHMIDT, “Follow-up Activities by UN Human Rights Treaty Bodies and Special Procedures Mechanisms of the Human Rights Council: Recent Developments implied power”, en G. ALFREDSSON *et al.* (eds), *International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jacob Th. Möller*, Brill/ Nijhoff, La Haya, 2009, p. 26.

⁶⁵ Artículo 7.4.

⁶⁶ Procedimientos de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos para dar seguimiento a las observaciones finales, decisiones y dictámenes, doc. HRI/MC/2017/4, de 8 de mayo de 2017.

⁶⁷ *Vid. C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ*, “La obligación del Estado de reconocer y aceptar los efectos jurídicos de

III. La posición de los dictámenes en el ordenamiento jurídico español: sobre su obligatoriedad y su valor como fuente interpretativa

36. La sentencia núm. 1263/2018, de 17 de julio de 2018, del Tribunal Supremo, afirmó que un dictamen “emana de un órgano creado en el ámbito de una normativa internacional que, por expresa previsión del artículo 96 de la Constitución Española, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno tras su ratificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado [...] y gozan de la jerarquía que tanto este artículo –rango supralegal- como el artículo 95 –rango infra constitucional- les confieren”. Efectivamente, los tratados de derechos humanos, como el resto de los acuerdos internacionales, se incorporan en el derecho interno mediante su publicación oficial. Ahora bien, como recientemente nos ha recordado el Tribunal Constitucional, dicha disposición no atribuye *superioridad jerárquica* a los tratados sobre las normas internas, sino que contiene una *regla de desplazamiento*, de aplicación preferente, reconociendo la primacía de los tratados sobre las leyes, tanto de las anteriores como de las posteriores⁶⁸. Por tanto, los acuerdos internacionales gozan de especial resistencia pasiva⁶⁹, pero no de fuerza anulatoria activa⁷⁰, de manera que los posibles conflictos no deberían plantearse en términos de jerarquía normativa, ni enfocarse como un juicio sobre la validez de las normas internas, como una cuestión de depuración o exclusión de normas inválidas, sino que deben resolverse atendiendo a criterios de prevalencia aplicativa⁷¹.

37. Sin embargo, los tratados de derechos humanos ostentan un *rango cuasi-constitucional*, pues, aunque no son un canon autónomo de la validez de las normas internas, son una pauta hermenéutica obligatoria en virtud del artículo 10.2 de la Constitución Española, que dispone que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. El Tribunal Constitucional ha realizado una lectura dinámica de dicho precepto al admitir como elementos exegéticos una pluralidad de instrumentos jurídicos, incluso algunos no vinculantes, pero que han sido paulatinamente ratificados (incluidos aquellos que entraron en vigor antes que nuestro texto constitucional) como, por ejemplo, los conocidos como *Pactos de Nueva York*, pues forman el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en nuestro ordenamiento jurídico español⁷². Pero además ha reforzado este enfoque cosmopolita al tomar constantemente como fuentes interpretativas la jurisprudencia internacional y regional, sin olvidar, por lo que aquí nos interesa, las opiniones y los dictámenes de los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas⁷³.

38. Y es que el Tribunal Constitucional ha considerado que las decisiones de estos órganos⁷⁴, aun reconociendo que no reúnen los requisitos para ser catalogados como pronunciamientos judiciales, no carecen sin embargo de todo valor jurídico en el ámbito interno, por lo que no se puede prescindir de la interpretación que los *órganos de garantía* establecidos en virtud de tratados internacionales de derechos humanos hacen de los derechos fundamentales y las libertades públicas⁷⁵. Y dicha afirmación

las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos”, en C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (Coord.), Los efectos jurídicos en España de las decisiones..., *op. cit.*, p. 250

⁶⁸ Sentencia 140/2018, de 20 de diciembre, ft. 6 (ECLI:ES:TC:2018:140).

⁶⁹ Sentencia 36/1991, de 14 de febrero de 1991, ft. 5 (ECLI:ES:TC:1991:36).

⁷⁰ A. SÁNCHEZ LEGIDO, “Las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la práctica española y de la Unión Europea”, en J. ALCAIDE FERNÁNDEZ y E. W. PETIT DE GABRIEL, España y la Unión Europea en el orden internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 476.

⁷¹ En este sentido, la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, en su artículo 31, bajo la rúbrica de la “Prevalencia de los tratados” indica que las “normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional” (BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014).

⁷² Auto del TC de 260/2000, de 13 de noviembre, fto. 2 (ECLI:ES:TC:2000:260A).

⁷³ Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, fto. 9 (ECLI:ES:TC:2012:198).

⁷⁴ Con mayor extensión, S. RIPOL CARULLA, “Las decisiones de los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas en el derecho español”, en C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (Coord.), Los efectos jurídicos..., *op. cit.*, pp. 201-233.

⁷⁵ Sentencia 116/2006, de 24 de abril, fto. 5, ECLI:ES:TC:2006:116.

se refiere no solo a los dictámenes sino también a las observaciones generales⁷⁶. En verdad, se trata de un proceder habitual en otros órganos jurisdiccionales de nuestro entorno⁷⁷, incluidos los sistemas regionales de protección, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que suele, junto a otras fuentes europeas e internacional exógenas, inspirarse en las soluciones ofrecidas previamente por estos órganos para reforzar sus propias conclusiones⁷⁸.

39. Pero, a su vez, nos ha recordado en diferentes ocasiones que “sus dictámenes no pueden constituir la interpretación *auténtica* del Pacto⁷⁹, dado que, en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia”⁸⁰. Una postura compartida por el Consejo de Estado⁸¹, pero matizada por la Abogacía del Estado, pues en su opinión son “un argumento de autoridad que debe de orientar la interpretación y aplicación de los tratados por parte de los Estados parte”⁸². Desconocemos el alcance que se quiere dar con esta consideración, pero seguramente esté pensado en que estamos ante una “interpretación autorizada”⁸³, que es “la que sustituye a la interpretación auténtica cuando ésta no es posible [...] porque se trata de un tipo de tratados que no permiten esa modalidad de interpretación, como son los tratados de derechos humanos”⁸⁴.

40. Lo que si debemos reconocer en todo caso es que el carácter “vinculante/ obligatorio” que la sentencia 1263/2018 otorga a los dictámenes no es compartida por ningún otro órgano jurisdiccional o del Estado, ni tan siquiera por el propio Tribunal Supremo, que un año más tarde, esta vez la sala segunda de lo penal, afirmó que los dictámenes carecían de valor vinculante para los órganos judiciales⁸⁵. En todo caso, este tipo de afirmaciones, a favor y en contra, no han resuelto la cuestión esencial al respecto, que no es otra que la de dilucidar cuáles son los efectos jurídicos en el ámbito interno ante la ausencia de reformas legislativas. No queda mas que esperar a la respuesta judicial, pues, como apuntó TS, la inexistencia de un cauce específico y autónomo para hacer efectivas en el ordenamiento español las recomendaciones de un dictamen por vulneración de derechos fundamentales por parte del Estado español, impide exigir autónomamente su cumplimiento.

IV. Las medidas de los dictámenes como obligaciones de resultado, pero con poco margen de actuación

41. Resulta en este punto conveniente comparar el sistema europeo e internacional. Se ha venido afirmando de manera unánime el carácter declarativo de las sentencias del TEDH por carecer de carácter

⁷⁶ Sentencia 31/2018, de 10 de abril, fto. 4 (ECLI:ES:TC:2018:31), haciendo referencia a las Observaciones Generales 13 (21º período de sesiones, 1999), *El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, doc. E/C.12/1999/10, de 8 de diciembre de 1999.

⁷⁷ International Law Association, “International human rights law and the International Court of Justice (ICJ): the domestic implementation of judgments/decisions of courts and other international bodies that involve international human rights law”, 2016.

⁷⁸ Con más detalle, M. FOROWICZ, *The reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 163 y ss.

⁷⁹ Posición criticada, entre otros, por C. FERNÁNDEZ LIESA, “Elaboración y aplicación del mecanismo de informes de derechos humanos en España”, en F. MARIÑO MENÉNDEZ, *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Español*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 2009, p. 327.

⁸⁰ STC 70/2002, de 3 de abril, fto. 7 (ECLI:ES:TC:2002:70); STC 46/2022, de 24 de marzo, fto. 6 (ECLI:ES:TC:2022:46). Las cursivas son nuestras.

⁸¹ Con detalle, A. LÓPEZ MARTÍN, “La doctrina del Consejo de Estado sobre los efectos jurídicos de los dictámenes de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas”, en C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (Coord.), *Los efectos jurídicos...*, *op. cit.*, pp. 171-200.

⁸² Circular 1/2020, *cit.*, p. 304.

⁸³ En este sentido, P. TRINIDAD NUÑEZ, “La aplicación judicial en España de las decisiones de los órganos de base convencional de supervisión de los derechos humanos creados en el seno de Naciones Unidas”, en F. MARIÑO MENÉNDEZ, (coord.), *La aplicación del Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 348; P. CUENCA GÓMEZ, “La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 12, 2012, p. 23.

⁸⁴ A. LÓPEZ MARTÍN, “La doctrina del Consejo de Estado...”, *op. cit.*, p. 195.

⁸⁵ ATS 20907/2017, 21 de junio de 2019, fto. 2 (ES:TS:2019:7009).

ejecutivo, ya que se necesita la intervención de las autoridades nacionales para su cumplimiento⁸⁶. De todas las modalidades posibles, el objetivo principal debe ser la *restitutio in integrum*, esto es, el restablecimiento del demandante a la situación que existía antes de la vulneración de sus derechos⁸⁷. Estamos, por tanto, ante una obligación de resultado, pues, en principio, los Estados gozan de libertad para elegir los medios para su efectiva realización⁸⁸. Solo excepcionalmente, a fin de ayudar al Estado a cumplir con sus obligaciones derivadas del artículo 46 del Convenio Europeo, puede proponer varias opciones, dejando que sea el Estado el que discrecionalmente elija una de ellas⁸⁹. Más aún, para poner fin a ciertas situaciones sistémicas, y cuando la naturaleza de la violación encontrada así lo aconseje, puede indicar medidas concretas, un remedio específico, sin posibilidad de elegir entre diferentes posibilidades⁹⁰, entre otras, la restitución de los bienes, la puesta en libertad del demandante o la reapertura de un juicio⁹¹.

42. El margen de decisión se reduce también en los casos de las sentencias piloto, donde, ante un problema estructural, se solicita, en la parte dispositiva, la adopción de medidas generales específicas, guiando de este modo al Estado en su actuación legislativa con el fin de evitar violaciones futuras. Como se ha apuntado por la doctrina, el Tribunal pasaría a ser un cuasi legislador positivo, condicionando la libertad de la acción normativa del Estado⁹². Pero no cambiaría su naturaleza, como obligaciones de resultado, aunque con un margen de apreciación más estrecho, pues no se llega a individualizar las medidas a tomar⁹³. En todo caso, este procedimiento puede mermar el carácter individual que es propio del sistema europeo, ya que puede conllevar un aplazamiento en la protección de los derechos⁹⁴.

43. Y donde desaparece el margen para los Estados es a la hora de conceder una satisfacción equitativa, prevista para compensar el daño sufrido en la medida en que solo se pueda reparar imperfectamente las consecuencias de dicha violación (art. 41 del Convenio)⁹⁵. Aunque no es una de las principales tareas del Tribunal, es accesoria⁹⁶, se ha convertido en un mecanismo ordinario al generalizarse su utilización⁹⁷. La cuantificación depende en cada caso concreto de la naturaleza de la violación, incluyendo tanto los daños materiales como los morales, así como los honorarios de abogados y de gastos⁹⁸. No se han desarrollado hasta ahora criterios precisos que puedan servir de base para determinar la indemnización, siendo en estos momentos el aspecto más discutido la inclusión de los daños punitivos

⁸⁶ Entre otras, *Assanidze c. Georgia* [GC], nº. 71503/01, § 202, de 8 de abril de 2004.

⁸⁷ *Savridin Dzburayev c. Rusia*, nº. 71386/10, § 248, de 25 de abril de 2013.

⁸⁸ S. Ripol Carulla, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Barcelona, Atelier, 2007, pp. 73 y ss.

⁸⁹ O como indica R. NIÑO ESTÉBANEZ, “como modo de limitar negativamente la libertad del Estado demandado en el momento del cumplimiento de sus sentencias, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llegado a indicar la ineffectividad de alguna de las medidas propuestas por el Estado demandado” (*Fuerza Obligatoria y Ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España: el Procedimiento de Revisión*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 40).

⁹⁰ Entre otras, *Ócalan c. Turquía* [GC], nº. 46221/99, § 210, de 12 de mayo de 2005.

⁹¹ Otros ejemplos, C. MORTE GÓMEZ, *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 3ª. ed., Valencia 2020, pp. 141-147.

⁹² J. ABRISKETA URIARTE, “Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV/1, p. 83.

⁹³ *Vid.* E. Guillén López, “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una Perspectiva de Derecho Constitucional Europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, p. 357; A. QUERALT JIMÉNEZ, “Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del tribunal de europeo de derechos humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, p. 420; S. Vezzani, “L’attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo che richiedono l’adozione di misure a portata generale”, en CASSETTI, L. (coord.), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Editorial Jovene, Nápoles 2012, pp. 43-74.

⁹⁴ J. ABRISKETA URIARTE, “Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV/1, p. 83.

⁹⁵ *Scozzari and Giunta c. Italia*, nº. 39221/98 y 41963/98, § 250, de 13 de julio de 2000.

⁹⁶ *Nagmetov c. Rusia*, nº. 35589/08, § 64, de 30 de marzo de 2017.

⁹⁷ Y. CACHO SÁNCHEZ, “Fundamento de las críticas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto del Río Prada c. España”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 48, 2014, p. 514.

⁹⁸ Con detalle, J. CASADEVALL, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp. 118-122.

o ejemplarizantes, de carácter sancionador, alguna vez ya utilizado por el Tribunal de manera implícita⁹⁹ y que para algunos autores puede contribuir a disuadir o incentivar a los Estados para que no se repitan nuevas violaciones¹⁰⁰.

44. Volviendo ahora al sistema universal, cuando un Comité dictamina que un Estado ha incumplido sus obligaciones, recomienda un conjunto de medidas que proporcionen una reparación íntegra, tomando como referencia, pero sin ceñirse a ellas, las alegaciones de las partes en la comunicación. El Comité de Derechos Humanos, que presentó unas *Directrices* en la materia para “armonizar criterios y garantizar la coherencia”, ha identificado cinco tipos de medidas en su doctrina: restitución, indemnización, rehabilitación y medidas de satisfacción y garantías de no repetición¹⁰¹. Como medidas individuales, estarían la primera de ellas (la restitución), que buscaría restablecer los derechos que han sido violados; la rehabilitación, que suele incluir tratamientos médicos; la indemnización (daños materiales y morales), donde, a diferencia del sistema europeo, no suele especificarse una suma monetaria concreta, y las medidas de satisfacción, reservadas para los daños morales o inmateriales.

45. En este punto, cabe señalar que no estamos tampoco ante una obligación de conducta, sino de resultado¹⁰², pero donde los Comités formulan un conjunto de recomendaciones con un lenguaje claramente imperativo, que, dada la claridad de las medidas indicadas, apenas dejan espacio a los Estados para elegir los mecanismos reparadores. Tomando como ejemplo los últimos dictámenes contra España, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha concluido, por ejemplo, que el “Estado parte tiene la obligación de proporcionar a la autora y sus hijos una reparación efectiva, en particular: en caso de que no cuenten con una vivienda adecuada, volviendo a evaluar su estado de necesidad y su prioridad en la lista de espera considerando la antigüedad de su solicitud de vivienda a la Comunidad Autónoma de Madrid desde la fecha en que la solicitó, con el objeto de otorgarles vivienda pública u otra medida que les permita vivir en una vivienda adecuada, tomando en cuenta los criterios establecidos en el presente dictamen”¹⁰³. Y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ha recomendado, entre otras medidas, “reconocer públicamente, conforme al presente dictamen, la violación de los derechos del niño Rubén a una educación inclusiva y a una vida libre de violencia y discriminación, así como la violación de los derechos de sus padres al haber sido acusados penalmente de manera indebida por el delito de abandono del menor, lo que conllevó consecuencias morales y económicas; y publicar el presente dictamen y distribuirlo ampliamente, en formatos accesibles, a fin de que llegue a todos los sectores de la población”¹⁰⁴.

46. Por lo que se refiere a las garantías de no repetición, que tienen un alcance general, comprenden la aprobación, modificación o derogación de normas legales y prácticas administrativas, además de medidas de capacitación o concienciación. Pero también son en este caso cada vez más específicas, con orientaciones precisas sobre cómo abordar los cambios en el marco normativo interno. Tomando como ejemplo los casos anteriores, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirmó que la legislación debe “eliminar la exclusión automática de las listas de solicitantes de vivienda de todas aquellas personas que se encuentren ocupando una vivienda por estado de necesidad, sin título legal”, y que debe formularse “en coordinación con las comunidades autónomas y hasta el máximo de los recur-

⁹⁹ *Chipre c Turquía*, nº 25781/94, de 12 de mayo de 2014, Opinión Concurrente de los jueces Pinto de Albuquerque y Vučinić, párr. 13. Y sobre las consecuencias, véase C. QUESADA ALCALÁ, “Las víctimas encuentran su lugar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una «satisfacción equitativa» por la vulneración de sus derechos en las reclamaciones entre Estados (Chipre contra Turquía)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº. 49, 2014, pp. 905-910.

¹⁰⁰ V. FIKFAK, “Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 29, 2019, pp. 1091-1125.

¹⁰¹ CDH, *Directrices sobre las medidas de reparación otorgadas en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, doc. CCPR/C/158, de 30 de noviembre de 2016.

¹⁰² J. CARDONA LLORENS, “The Legal Value of the Views and Interim Measures...”, *op. cit.*, p. 160.

¹⁰³ *Maribel Viviana López Albán c. España*, comunicación nº 37/2018, de 11 de octubre de 2019, doc. E/C.12/66/D/37/2018, párr. 16.

¹⁰⁴ *Rubén Calleja Loma y Alejandro Calleja Lucas c. España*, comunicación nº 41/2017, de 30 de septiembre de 2020, doc. CRPD/C/23/D/41/2017, párr. 9.

sos disponibles, un plan comprensivo e integral para garantizar el derecho a la vivienda adecuada de personas con bajos ingresos”¹⁰⁵. Por su parte, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha reclamado cambios hacia un modelo de educación inclusiva que elimine la segregación de estudiantes, advirtiendo a las autoridades españolas que vigilen que no pueda perseguirse penalmente a los padres por delitos de abandono familiar cuando estos demanden una educación inclusiva¹⁰⁶.

V. Los cauces procesales en España para dar efecto jurídico a los dictámenes

47. Los Estados, al margen del valor jurídico que den a estas decisiones, están obligados, como ha apuntado el Comité de Derechos Humanos, a dar efecto a los dictámenes mediante todos los medios a su alcance¹⁰⁷. Ello es consecuencia de la obligación de los Estados parte de actuar de buena fe cuando participan en el procedimiento de comunicaciones individuales¹⁰⁸; y de lo previsto en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en virtud del cual se adquiere el compromiso de “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”¹⁰⁹. Como apuntamos más arriba, y a pesar de las limitaciones a la libertad de actuación, cada Estado decide, en su derecho interno, cómo garantizar la reparación de las lesiones advertidas por el Comité, dejando que sea, o bien el legislador el que acometa las reformas necesarias, con la aprobación de mecanismos *ad hoc* o cambios en las normas procesales vigentes, o bien los jueces, buscando su acomodo en los recursos o procedimientos ya existentes, como ha ocurrido en España.

1. Vías abiertas: El cauce procedimental contencioso-administrativo especial de protección de los derechos fundamentales [...]

48. A partir de la sentencia del TS de 2018, los tribunales españoles han reconocido que las decisiones de los Comités pueden ser un presupuesto habilitante para formular una demanda en el marco del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales¹¹⁰, donde el demandante puede hacer valer sus pretensiones siempre que tengan como finalidad el restablecimiento de los derechos o libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución¹¹¹. Por tanto, encontramos ya una primera limitación, pues solo son admisibles las fundadas en la lesión de ciertos derechos fundamentales.

49. En este proceso, el *petitum* se centrará, principalmente, en la reclamación de indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (que veremos en el siguiente apartado), pero también puede solicitarse otro tipo de medidas. Claro ejemplo lo encontramos en la reciente sentencia 173/2020 del juzgado de lo contencioso-administrativo nº 4 de Barcelona, donde se pedía que se diese cumplimiento a un dictamen del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2019¹¹². En él se afirmaba que la negativa del Ayuntamiento de Barcelona, amparada en la normativa local (Reglamento de Segunda Actividad de la Guardia Urbana de Barcelona), a realizar una evaluación funcional alternativa a un guardia urbano, declarado con una incapacidad permanente total, le impedía solicitar el

¹⁰⁵ *Maribel Viviana López Albán c. España*, cit., párr. 17.

¹⁰⁶ *Rubén Calleja Loma y Alejandro Calleja Lucas c. España*, cit., párr. 9.

¹⁰⁷ Observación General nº 33, cit., párr. 20.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párr. 15.

¹⁰⁹ R. VAN ALEBEEK Y A. NOLLKAEMPER, “The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law”, *op. cit.*, p. 392.

¹¹⁰ SAN 3080/2021, de 1 de julio de 2021 (ECLI:ES:AN:2021:3080).

¹¹¹ Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (BOE núm. 167, de 14/07/1998).

¹¹² V. F. C. c. *España*, comunicación nº 37/2018, de 29 de abril de 2019, doc. CRPD/C/21/D/34/2015.

pase a segunda actividad, lo que suponía una vulneración de los artículos 5 (igualdad y no discriminación) y 27 (derecho trabajo y al empleo) de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)¹¹³. Siguiendo sus recomendaciones, el juez constata que se “vulneró el derecho fundamental del recurrente a la igualdad y no discriminación por su discapacidad en el mantenimiento del empleo y su derecho a la tutela judicial efectiva por la permanencia en el tiempo por parte de la Administración en la negativa a la restauración de sus derechos tras el Dictamen”, por lo que procede estimar el recurso presentado, ordenando que se le someta a una evaluación funcional alternativa¹¹⁴.

2. [...] que consolida la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado, con ciertas limitaciones

50. Cuando un Comité recomienda proporcionar una indemnización por los daños materiales o morales, el mecanismo de reparación pasaría por una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración si esta hace caso omiso a las peticiones de la víctima, como ocurrió, por ejemplo, con la actuación del Ministerio de Interior a raíz de la reclamación formulada por una ciudadana española a partir de la condena del Comité contra la Tortura por negarle asistencia médica durante una detención policial. Al tramitarse por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, era necesario indicar claramente los derechos fundamentales de la Constitución vulnerados. En este caso, la Audiencia Nacional, teniendo en cuenta que el Comité había declarado que los hechos cometidos pondrían de manifiesto una violación de los artículos 2, 11 y 16 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹¹⁵, afirmó que en tanto no se proceda a la reparación de los daños causados se “mantiene, persiste y se perpetúa” la vulneración del derecho fundamental a no ser sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, cuyo equivalente en nuestra Constitución es el artículo 15 (derecho a la integridad física y moral). Es por tanto la falta de ejecución “la que perpetúa dicha infracción, manteniendo sus efectos, pues como se constata en las actuaciones el Estado español -a través del Ministerio del Interior- ha dejado transcurrir un periodo de tiempo prolongado sin que le haya dado debida y cumplida ejecución, ni en el seno del proceso de seguimiento correspondiente, en el que incluso manifestó que debía atenerse, en exclusiva, a las decisiones judiciales internas, ni en la posterior petición de la interesada de información e instando que se actuara, que no consta que fuera contestada, ni finalmente en el ulterior procedimiento de responsabilidad patrimonial tras la reclamación de la actora, en el que su resolución se ha producido por silencio administrativo”¹¹⁶.

51. Sin embargo, de dichas afirmaciones no podemos deducir que cualquier víctima vaya a disfrutar del derecho a recibir una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial a partir de una condena de un órgano de expertos de Naciones Unidas. Ya la propia sentencia del Tribunal Supremo de 2018 advertía de las particularidades del caso, cuya solución, para ser extrapolable a otros supuestos, requería acreditar una lesión o daño real y efectivo que no hubiese sido restaurado aún por un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y una evidente relación entre la lesión antijurídica y la actuación del Estado¹¹⁷. Y en este sentido la Audiencia Nacional ha afirmado que de dicha sentencia no puede reconocerse que la vulneración de un derecho reconocido en los tratados universales de derechos humanos conlleve automáticamente una vulneración de un derecho consagrado en la Constitución¹¹⁸.

52. La sentencia en el caso de Ángela González Carreño no reabre, como ha afirmado la Audiencia Nacional, nuevos plazos procesales para presentar una nueva reclamación, ni constituye en sí misma un nuevo título de imputación para reclamar a la Administración¹¹⁹. Y debe ceñirse, como se apuntaba,

¹¹³ Texto en BOE núm. 97, de 22 de abril de 2008.

¹¹⁴ Sentencia 173/2020 del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 4 de Barcelona, de 16 de noviembre de 2020.

¹¹⁵ *E. L. G. c. España*, comunicación núm. 818/2017, de 26 de noviembre de 2019, doc. CAT/C/68/D/818/2017, párr. 9.

¹¹⁶ SAN núm. 2/2021, de 27 de abril de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:1804), fto. 4.

¹¹⁷ Fto.7.

¹¹⁸ SAN núm. 2/2020, de 1 de julio de 2021 (ECLI:ES:AN:2021:3080), fto. 5.

¹¹⁹ SAN núm. 5/2020, de 12 de mayo de 2021 (ECLI:ES:AN:2021:1968), fto.4.

solo a los supuestos de anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. No sería el caso, muy habitual, de las condenas del Comité de Derechos Humanos por la ausencia de un recurso efectivo que permita la revisión del fallo condenatorio y la pena por un tribunal superior, lo que supone una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹²⁰. En opinión también de la Audiencia Nacional, este tipo de pretensiones supondría más bien un caso de daño derivado de un error judicial que debe ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca, tal como se señala en el artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹²¹.

3. Remedios procesales de revisión

53. El fundamento del *recurso de revisión* no es otro que el de “mantener el necesario equilibrio entre las exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica”¹²². Es un recurso extraordinario, de naturaleza excepcional porque afecta al principio de cosa juzgada al tener como objeto la revocación de resoluciones judiciales firmes, de modo que, como señala la jurisprudencia reiteradamente, solo podrá acudir a él en los supuestos expresamente establecido en la Ley¹²³. De acuerdo con la reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2015, del Poder Judicial, y los cambios en las respectivas normas procesales de cada orden jurisdiccional¹²⁴, solo se contempla en el caso de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que la resolución judicial fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo y sus Protocolos, de acuerdo con ciertas condiciones¹²⁵.

54. Ante ello, los solicitantes de la revisión han intentado demostrar que debe considerarse como un “hecho nuevo”, en el sentido del apartado d) del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, bien porque la citada sentencia del Tribunal Supremo de 2018 supone un cambio en la jurisprudencia, bien porque estamos ante un nuevo dictamen de alguno de los Comités. En ambos casos, el Tribunal Supremo no ha autorizado la interposición de este recurso. Para ello, ha traído a colación su vieja doctrina iniciada en un auto de 14 de diciembre de 2001:

“[...] resulta evidente que el art. 2.3 a) del Pacto no da lugar a un recurso particular que pueda afectar a resoluciones firmes. El texto es claro: los Estados parte del Pacto deben prever un recurso contra decisiones que puedan vulnerar los derechos reconocidos por el mismo. Pero en modo alguno están obligados a establecer un recurso basado en una decisión del Comité de Derechos Humanos. Si los Estados parte hubieran querido reconocer al dictamen del Comité un efecto como el que pretende el recurrente, habrían reglamentado sus efectos y su vía de ejecución, es decir, algo diverso de un recurso. [...] Es evidente que si el Comité entendiera que los Tribunales españoles debían anular la sentencia como consecuencia de su dictamen no hubiera expresado sólo un deseo ni tampoco hubiera dejado abierta la forma del cumplimiento. En suma, si el gobierno no está obligado a modificar la legislación, es obvio que los Tribunales españoles, cuyas resoluciones firmes no son revisables en vía de recurso por el Comité, no pueden estar obligados a declarar la nulidad de la sentencia dictada. [...] Tampoco cabría la utilización del recurso de revisión, considerando el dictamen de la Comisión como un «hecho nuevo» en el sentido del art. 954.4.º LECrim., pues no se trata --como hemos visto-- de un hecho normativo obligante para el Gobierno o los Tribunales del Estado parte”¹²⁶.

¹²⁰ *Hachuel Moreno c. España*, comunicación núm. 1381/2005, de 25 de julio de 2007, doc. CCPR/C/90/D/1381/2005, párr. 8-9.

¹²¹ SAN núm. 2/2020, ya citada, fto. 4.

¹²² STC 124/1984, de 18 de diciembre, fto. 8.

¹²³ Con detalle, C. TOLOSA TRIBIÑO, “Procedimientos normativos y recursos judiciales *ad hoc* para dar efecto a sus decisiones. La utilidad de los medios de impugnación y recursos procesales ya presentes en el derecho interno”, en E. MARTÍNEZ (coord.), *Cuestiones actuales en torno a la aplicación de normas y obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 105-106.

¹²⁴ BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015.

¹²⁵ Auto del TS (sala segunda de lo Penal) 20399/2022, de 1 de junio de 2022, fto. 1.

¹²⁶ Auto del TS (Sala Segunda de lo Penal), de 14 de febrero de 2019, fto. 3 (ECLI: ES:TS:2019:1872A); Auto 2087/1992 del TS (Sala Segunda de lo Penal), de 14 de diciembre de 2001, fto. 4; Auto 20374/2022 del TS (Sala de lo Penal), de 18 de mayo de 2022, fto. 3 (ECLI: ES:TS:2022:7886A).

55. Ante esta negativa, se ha tratado, sin éxito, de aducir lo establecido para las sentencias del TEDH, pues el TS ha dicho que no admite su aplicación extensiva a supuestos no contemplados en la ley. En su opinión, no es posible equiparar estas a las recomendaciones o dictámenes de los distintos Comités, por lo que no pueden convertirse en título habilitante para un recurso de revisión contra una resolución judicial firme¹²⁷. Y apelando además a lo fijado por la Sala de lo Penal en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 30 de abril de 1999, advirtió que un cambio jurisprudencial no debe ser incluido como hecho nuevo según el artículo 954¹²⁸.

56. Solo quedaba pues intentar aplicar análogamente el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 21 de octubre de 2014, que estableció que en tanto “no exista en el ordenamiento Jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de un derecho fundamental del condenado por los Tribunales españoles, el recurso de revisión del art. 954 Lecrim. cumple este cometido”. Argumento que tampoco prosperó porque dicho Acuerdo solo se refería a las sentencias del TEDH, aunque “sin perjuicio de que en supuestos específicos se pueda habilitar una fórmula para posibilitar un recurso efectivo ante esta Sala a los afectados por dichas resoluciones, como ya se hizo en su momento con el hoy recurrente”¹²⁹.

4. Las dificultades de los procesos de amparo judicial

57. La salvaguarda de los derechos fundamentales no es una tarea exclusiva del Tribunal Constitucional, sino que corresponde también esa labor tutelar a la jurisdicción ordinaria, motivo por el cual fue configurada de manera más amplia el *incidente de nulidad de actuaciones*, abarcado cualquier derecho referido en el apartado segundo del artículo 53 de la Constitución¹³⁰. Pero la regulación recogida en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial fija unos plazos procesales reducidos (20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución), por lo que, como ya ha ocurrido con las decisiones del TEDH, la duración de todo el proceso, incluido el agotamiento de las vías internas, lleva a que en muchas ocasiones se desestime el recurso por su manifiesta extemporaneidad¹³¹. Los tribunales han rechazado además que pudiese computarse los plazos desde la notificación del dictamen en vez desde la de la notificación de la sentencia¹³².

58. No parece tampoco que vayan a prosperar las demandas fundadas en la vulneración del derecho a la doble instancia, donde se pondría en cuestión el respeto del derecho a la tutela judicial y el derecho a un proceso con todas las garantías proclamado en el artículo 24 de la Constitución. Cabe recordar, que el apartado quinto del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior. Aunque España sumó varias condenas por vulneración de dicho precepto, considera ahora el Tribunal Supremo que el propio Comité de Derechos Humanos ha modificado su doctrina y ha aceptado la suficiencia del recurso de casación para cumplir con las exigencias marcadas en él, por lo que debe desestimarse el incidente sobre la base de estos nuevos presupuestos¹³³.

de 18 mayo.

¹²⁷ Sentencia 1/2020 del TS (Sala Especial del art. 61 LOPJ), de 12 de febrero de 2020, fto. 5 (ECLI: ES:TS:2020:401).

¹²⁸ Auto del TS (Sala Segunda de lo Penal), de 22 de enero de 2019, fto. 3.

¹²⁹ Auto del TS (Sala Segunda de lo Penal), de 25 de abril de 2016, fto. 4 (ECLI:ES:TS:2016:3620A).

¹³⁰ Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 125, de 25 de mayo de 2007).

¹³¹ Auto del TS núm. 4386/1998, de 13 mayo 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4127A), fto. 5.

¹³² Auto del TC 260/2000, de 13 de noviembre de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:260A), párr. 3.

¹³³ ATS 2465/2022, de 10 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2465A), fto. 2.

59. El *recurso de amparo* no se presenta tampoco como una respuesta eficaz ante un dictamen ni cuando resuelve la solicitud de medidas cautelares ni cuando se trata de decisiones sobre el fondo de la queja. El Alto Tribunal, en un asunto donde se examinaba la negativa del TS a tener en cuenta la decisión del Comité de Derechos Humanos que requería a que España adoptase las medidas que fueran necesarias para garantizar los derechos políticos de un diputado catalán mientras se resolvía la denuncia¹³⁴, dijo, de nuevo, de que dicho Comité no era una instancia jurisdiccional de tutela de los derechos y sus decisiones no eran resoluciones judiciales al carecer el órgano de garantía de facultades jurisdiccionales. Es más, ante la posibilidad de acogerse al artículo 10.2 de la Constitución, alegada por los demandantes del amparo, a sabiendas de que no era invocable directamente, reconoció que los tratados internacionales de derechos humanos son una pauta interpretativa indisponible a la hora de determinar el alcance los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, entre otros el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que recoge derechos de participación política equivalentes a los de nuestra norma fundamental. Sin embargo, afirmó paralelamente que no cumplía en cambio esa función hermenéutica las decisiones de los Comités sobre medidas provisionales, al entender que estas comunicaciones no entran a determinar el sentido de los derechos en cuestión¹³⁵.

60. El Tribunal Constitucional, por su parte, aun reconociendo que el Comité de Derechos Humanos había considerado que España violaba el artículo 14.5 del citado Pacto cuando es el Tribunal Supremo quien conocía del asunto en única instancia respecto a las personas aforadas, tampoco ha considerado en sentencias recientes que deba tomar en cuenta lo dicho en sus observaciones, porque los dictámenes, como ya se había apuntado, no pueden constituir una “interpretación auténtica”¹³⁶.

5. Y la petición de medidas cautelares

61. Vistos los argumentos esgrimidos anteriormente por los tribunales (naturaleza no jurisdiccional del órgano de expertos y ausencia del carácter judicial de sus resoluciones), no es difícil intuir cuál sería su respuesta ante la solicitud de medidas cautelares. Así, por una parte, rebajan el grado de la vinculación jurídica de una medida cautelar respecto a las recomendaciones sobre el fondo del asunto, pues consideran que aquella ejerce una función orientativa más limitada, en cuanto nos encontramos en un momento procesal donde aún se desconoce la opinión del Estado demandado¹³⁷. Por otra parte, se rechazan este tipo de medidas dado el carácter genérico de su contenido, en comparación con las recomendaciones detalladas de un dictamen definitivo o incluso una decisión de admisibilidad¹³⁸. Y, finalmente, lo que es discutible, se inadmiten por su lenguaje, en tanto que un Comité “solicita, que no exige” la adopción de medidas¹³⁹.

62. Así pues, los tribunales consideran que las medidas provisionales para evitar un daño irreparable son sencillamente una invitación a que el Estado “preste una particular cautela en su actuación” hasta que se conozca su opinión. No serán vinculantes si en ellas no hay indicación específica de la manera de tutelar los derechos afectados¹⁴⁰.

VI. Algunas propuestas de *lege ferenda*

63. El Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo, atribuía (dicha referencia ha desaparecido con la modificación operada por el Real Decreto 241/2022, de 5 de abril¹⁴¹) a la Dirección General de Coope-

¹³⁴ Auto del TS 20907/2017, de 18 de junio de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:6831A).

¹³⁵ Sentencia del TC 23/2020, de 13 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TC:2020:23), fto. 5

¹³⁶ Sentencia del TC 46/2022, de 24 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TC:2022:46), fto. 6.

¹³⁷ Auto del TS 20907/2017, de 12 abril 2018 (ECLI: ECLI:ES:TS:2018:3773A), fto. 2.

¹³⁸ Auto del TC 55/2018, de 22 mayo (ECLI:ES:TC:2018:55A), fto. 5.

¹³⁹ Sentencia del TSJAND 1132/2021, de 13 mayo (ECLI:ES:TSJAND:2021:11205), fto. 3

¹⁴⁰ Auto del TS 20907/2017, *cit.*, fto. 2.

¹⁴¹ BOE núm. 82, de 6 de abril de 2022.

ración Jurídica Internacional y Derechos Humanos la “propuesta de las medidas normativas o prácticas administrativas que permitan hacer frente a los problemas sistémicos puestos de manifiesto de manera reiterada en los dictámenes dirigidos a España por los órganos de tratados de Derechos Humanos cuya competencia para conocer comunicaciones individuales haya sido aceptada por España¹⁴²”. Aunque ninguna se ha materializado aún, encontramos algunas de ellas en la *Estrategia de desarrollo sostenible 2030. Un proyecto de país para hacer realidad la agenda 2030*, del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 que pasaremos a examinar brevemente.

1. La modificación de la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales

64. Se propone en dicho documento la modificación de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, con la incorporación de un nuevo Título “De los tratados internacionales de derechos humanos” en los que se contemplen garantías para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de los tratados internacionales del sistema de Naciones Unidas suscritos por España, así como al artículo 10.2 de la Constitución. Pues bien, consideramos que en nuestro país se ha desarrollado un sistema de garantía de aplicación de los tratados internacionales que funcionan adecuadamente, si bien es necesario, como hemos visto en los últimos tiempos, que la jurisprudencia perfiló algunos elementos en el marco del conocido como *control de convencionalidad*.

65. Nuestro ordenamiento jurídico ya recoge, inferido del principio *pacta sunt servanda* del artículo 26 de la Convención de Viena, la obligación de todos los poderes públicos “de respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados” (art. 29 de la Ley 25/2014). Y junto a ella se establece una presunción de aplicabilidad directa de los tratados internacionales (art. 30)¹⁴³. En cualquier caso, el operador jurídico deberá comprobar si la disposición convencional es precisa e incondicional, que no requiere por tanto un desarrollo legal o reglamentario. Por lo que se refiere a los tratados de derechos humanos, será difícil descubrir esta cualidad, puesto que, amén de ser descritas en términos genéricos con un alto grado de imprecisión, con un contenido mínimo, la mayoría de ellos son de naturaleza prestacional, lo cual exige un desarrollo legislativo posterior¹⁴⁴. Esta falta de autosuficiencia normativa en sus obligaciones lleva, además, a que difícilmente pueda entrar en juego la regla de la prevalencia de los tratados internacionales sobre otras normas internas (art. 31 de la Ley 25/2014), que solo opera cuando estamos ante tratados directamente aplicables sin necesidad de ejecución.

66. A partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018, donde se declara de manera expresa que los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria pueden inaplicar una ley contraria a un tratado internacional¹⁴⁵, nos hemos encontrado con algunos ejemplos erráticos de aplicación de dicho sistema, pero que han sido corregidos recientemente¹⁴⁶. Tenemos el ejemplo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 274/2020, que declaró, en contra de lo dicho por el Tribunal Constitucional, que el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores era contrario al Convenio 158 de la OIT¹⁴⁷. El Tribunal Supremo, al conocer del recurso de casación para la unificación de doctrina, afirmó, como ya había apuntado la doctrina¹⁴⁸, que el Tribunal Constitucional podía revisar la selección formulada por los

¹⁴² BOE núm. 63, de 12 de marzo de 2020, art. 8.

¹⁴³ *Vid.*, J. Díez-Hochleitner, “Artículo 30.1.Ejecución”, P. Andrés Sáenz de Santa María, J. Díez-Hochleitner, J. Martín y Pérez de Nanclares (dirs.), Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Ley 25/2014, de 27 de noviembre, Civitas, Madrid, 2015, p. 540

¹⁴⁴ Con detalle, C. Izquierdo Sans, “En torno al control de convencionalidad: la aplicación de los tratados internacionales en España”, en E. Martínez (coord.), Cuestiones actuales en torno a la aplicación de normas..., *op. cit.*, pp. 235-236.

¹⁴⁵ Sentencia del TC 140/2018, de 20 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TC:2018:140), fto. 6.

¹⁴⁶ Véase I. G. Perotti Pinciroli, “El control de convencionalidad en el derecho español: ¿una importación defectuosa?”, REEI, núm. 41, 2021, pp. 33-35.

¹⁴⁷ STSJ Cataluña 274/2020, 17 de enero (ECLI:ES:TSJCAT:2020:1), fto. 2.

¹⁴⁸ Como apuntaba R. Alonso García, la actuación del TSJ “constituye una vulneración, creo que flagrante, del sometimiento

jueces ordinarios, recordando además que sus sentencias vinculan a todos ellos en virtud del art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁴⁹. Además, dejó claro que el ejercicio del control de convencionalidad debía hacerse solo en aquellos supuestos en que la “norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica”¹⁵⁰. En dicha decisión, es cierto que se ha tenido muy en cuenta el informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT; sin embargo, no debe equiparse a los dictámenes que estamos analizando, ya que la Comisión de Derecho Internacional lo considera como un órgano de una organización internacional, con un valor jurídico diferente¹⁵¹.

67. Dichos pronunciamientos judiciales, sin embargo, no despejan las dudas acerca del papel que pudiesen tener las decisiones de los Comités en el marco del control de convencionalidad o al cumplir con el mandato de interpretación conforme del artículo 10.2 de la Constitución. Como se ha apuntado, el TC ha interpretado de forma poco formalista y extensiva los instrumentos jurídicos internacionales a los que recurrir¹⁵², afirmando, por una parte, que no debe prescindirse de la interpretación que hacen los órganos de tratados de derechos humanos, pero, por otra, negando que constituyan sus decisiones una interpretación auténtica. Así pues, como se viene haciendo por jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, podrán seguir recurriendo al sentido que los órganos de expertos dan a ciertos derechos, sobre todo, en las *Observaciones*, siempre y cuando no haya doctrina constitucional al respecto, cuyo acatamiento será obligado, so pena, como hemos visto, del correspondiente recurso de casación o de amparo.

2. El modelo colombiano: apostando por un procedimiento administrativo no judicializado

68. La segunda propuesta es el establecimiento de “un Comité de Seguimiento de las Resoluciones de los Órganos Internacionales de Derechos Humanos, tomando como referencia el modelo colombiano”. Se trata de una vía donde los tribunales juegan un papel secundario, residual, por tanto, más rápida, pero limitada porque solo conocería de la indemnización por los perjuicios causados por violaciones de derechos humanos, con la condición de que exista una decisión expresa del Comité de Derechos Humanos que lo declare expresamente¹⁵³.

69. Según la norma colombiana, un Comité constituido por el ministro del Interior, el de Relaciones Exteriores, el de Justicia y del Derecho y el de Defensa Nacional, sería el encargado de dictar una resolución favorable, teniendo en cuenta los perjuicios debidamente probados y siempre que tengan un nexo de causalidad con los hechos de la decisión del órgano de garantía, según consten en los procesos judiciales internos e internacionales¹⁵⁴. Se prevé, no obstante, un mecanismo de conciliación para determinar la cuantía de la indemnización tutelada por un Tribunal Contencioso Administrativo¹⁵⁵.

70. A este respecto, habría que advertir que también en España, como declaró el Tribunal Supremo en la sentencia *Ángela Carreño*, podría solicitarse una indemnización por responsabilidad patrimonial

miento de los jueces al imperio de la ley (art. 117.1 CE), el cual incluye, según proclama el art. 5.1 LOPJ25, y refuerzan los arts. 4.1 y 40.2 LOTC26, la plena sujeción a los pronunciamientos del TC, incluidas las interpretaciones por este del ordenamiento jurídico en su conjunto [...] que abriría las puertas del recurso de amparo por vulneración del art. 24 CE en los términos advertidos por la propia STC 140/2018” (“El control de convencionalidad: cinco interrogantes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, pp. 29-30).

¹⁴⁹ Sentencia del TS 270/2022, de 29 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1427), fto. 5.

¹⁵⁰ *Ibid.*, fto. 7. Idea ya apuntada por J. M. GOERLICH PESET, “(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?”, *Labos*, vol. 2, núm. 1, 2021, p. 15.

¹⁵¹ *Texto del proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*, cit., p. 116.

¹⁵² C. IZQUIERDO SANS, “En torno al control de convencionalidad: la aplicación de los tratados internacionales en España”, p. 238.

¹⁵³ Ley 288, de 5 de julio de 1996 (Diario Oficial núm. 42.826, de 9 de Julio de 1996).

¹⁵⁴ Art. 2.

¹⁵⁵ Art. 7.

sobre la base de un dictamen de oficio o por reclamación de los interesados por las lesiones consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración¹⁵⁶. No obstante, este remedio no sería adecuado para solicitar otro tipo de reparaciones, como puede ser la revisión de las penas impuestas a la víctima.

VII. Los órganos de expertos como segunda oportunidad: ¿una apelación *de facto*?

71. Tanto el Convenio Europeo como la gran mayoría de los tratados de derechos humanos de carácter universal, incluyen cláusulas (normalmente en sus protocolos facultativos) para evitar la duplicidad de procedimientos internacionales. Pero no todas tienen el mismo alcance ni se han interpretado de la misma manera, dando lugar a que reclamaciones similares sean supervisadas por diferentes órganos de control. Veamos pues cuáles son esas diferencias en los requisitos de admisibilidad de las demandas que permiten las demandas reiterativas.

1. Nuevo examen cuando se rechazan por motivos puramente formales

72. Los órganos de expertos, cuando se enfrentan a una queja que previamente ha sido conocida por el TEDH, tienen en cuenta, al abordar su admisibilidad, si se ha rechazado por razones procesales o de procedimiento¹⁵⁷ o si, por el contrario, se ha ido más allá, entrando a examinar el fondo del asunto sin revelarse “ninguna violación de los derechos y libertades establecidos en la Convención o sus Protocolos”¹⁵⁸. Se exige, al menos, que haya un examen *implícito* del fondo de la denuncia¹⁵⁹. En consecuencia, son admitidas aquellas que fueron contestadas en términos generales sin especificar las razones concretas¹⁶⁰.

73. El Protocolo número 14 al Convenio Europeo introdujo, para mejorar la productividad del sistema, la figura del juez único¹⁶¹. Esta formación del Tribunal puede, en un primer examen de la demanda, inadmitirla, informando por carta de los motivos aplicables al caso concreto. No tiene competencia, en cambio, para entrar en el fondo del asunto, ya que, si no se inadmite o no se archiva la demanda, deberá dar traslado a un Comité o a una Sala, que a su vez puede rechazarla, pero mediante una decisión motivada.

74. Pues bien, aquellas que han sido inadmitidas por el TEDH por un juez único suelen ser aceptadas posteriormente por los Comités, en la medida en que no se proporcionan explicaciones sobre los motivos de su decisión, haciendo una remisión a la falta de cumplimiento de las exigencias de los artículos 34 y 35 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁶², de modo que puede ser examinadas de nuevo tanto desde el punto de vista de la admisibilidad como del fondo.

2. Límites temporales de control y demandas simultáneas idénticas

75. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede rechazar aquella que “sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia in-

¹⁵⁶ Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículos 91 y 92, y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículos 32 a 35.

¹⁵⁷ *Elena Pronina c. Francia*, comunicación n° 2390/2014, de 21 de julio de 2014, doc. CCPR/C/111/D/2390/2014, párr. 4.3.

¹⁵⁸ *Rivera Fernández c. España*, comunicación n° 1396/2005, de 28 de octubre de 2005, doc. CCPR/C/85/D/1396/2005, párr. 6.2.

¹⁵⁹ *J.I. c. Francia*, comunicación n° 2154/2012, de 4 de julio de 2016, doc. CCPR/C/117/D/2154/2012, párr. 6. 3.

¹⁶⁰ *Merino Sierra et al. c. España*, comunicación n° 004/2014, de 24 de noviembre de 2016, doc. E/C.12/59/D/4/2014, párr. 6.5

¹⁶¹ Con detalle, s. SALINAS ALCEGA, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI*, Iustel, Madrid 2009, pp. 127-136.

¹⁶² *Jean Baptiste Mugimba c. Países Bajos*, comunicación n° 768/2016, de 16 de mayo de 2019, doc. CAT/C/66/D/768/2016, párr. 9.1.

ternacional de investigación o de acuerdo, y no contenga hechos nuevos” (Art. 35. 2.b)¹⁶³. En el mismo sentido, la mayoría de los órganos de expertos de tratados pueden inadmitir una queja que “ya ha sido o esté siendo examinada con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales”¹⁶⁴. No es posible, por tanto, la presencia de demandas paralelas, ya que no se permite en ninguno de los dos casos su examen simultáneo, en proceso de examen en otras instancias internacionales, ni las demandas sucesivas, esto es, la presentación de otra demanda de contenido idéntico en otra instancia una vez emitida la decisión definitiva.

76. Pero no ocurre lo mismo, y esto es lo realmente relevante, si el asunto es presentado ante el Comité de Derechos Humanos o el Comité contra las Desapariciones Forzadas¹⁶⁵, pues en estos casos solo se excluyen las demandas paralelas, esto es, si el mismo asunto “no ha sido sometido ya a otro procedimiento”¹⁶⁶ o “la misma cuestión está siendo tratada en otra instancia”¹⁶⁷. Rechaza solo su competencia cuando el mismo asunto *está siendo* examinado en virtud de otro procedimiento de examen o arreglo internacionales. No habría pues ningún impedimento para que se pudiese presentar una segunda queja sobre el mismo asunto previamente examinada por el TEDH¹⁶⁸. Esto podría darse además porque los plazos de interposición ante los órganos de expertos son más amplios e incluso en algunos casos ni existen. En el caso del Comité de Derechos Humanos se ha señalado en este sentido que “la demora en presentar una comunicación no puede invocarse como base de una decisión de inadmisibilidad *ratione temporis* fundada en el abuso del derecho a presentar comunicaciones. No obstante, podrá constituir abuso de ese derecho la presentación de una comunicación cinco años después del agotamiento de los recursos internos por su autor o, en su caso, tres años después de la conclusión de otro procedimiento de examen o arreglo internacionales, a menos que la demora esté justificada habida cuenta de todas las circunstancias de la comunicación”¹⁶⁹.

3. Reclamaciones colectivas y la ausencia de disposiciones equivalentes en ambos sistemas

77. A la hora de comprobar si las reclamaciones son esencialmente las mismas, ambas instancias suelen seguir unos criterios comunes, que consisten básicamente en comparar si estamos ante procedimientos con hechos, partes o autores y quejas o derechos sustancialmente idénticas¹⁷⁰. No obstante, existe una primera diferencia respecto a la competencia *ratione personae*. De conformidad con el artículo 34 del Convenio Europeo, los solicitantes pueden ser no solo las personas físicas, sino también una organización no gubernamental o un grupo de particulares. El sistema europeo no permite la *actio popularis*, alegando la defensa de un interés general sin identificar un daño personal, por lo que las personas jurídicas deben igualmente encontrarse directamente afectadas por la violación que invocan¹⁷¹. En

¹⁶³ El objetivo de esta disposición es evitar que varios órganos internacionales se pronuncien simultáneamente sobre demandas esencialmente idénticas, lo que sería incompatible con el espíritu y la letra del Convenio, que busca evitar la pluralidad de procedimientos internacionales relativos a los mismos asuntos (*Smirnova y Smirnova c. Rusia*, n.º 46133/99 y 48183/99, decisión de inadmisión de 3 de octubre de 2002).

¹⁶⁴ Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 2.c); Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 4. 2. a).

¹⁶⁵ Y también se aplica en el caso del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, porque, en principio, no hay disposición alguna que lo prohíba expresamente (*Koptova c. Eslovaquia*, comunicación n.º 13/1998, de 8 de agosto de 2000, doc. CERD/C/57/D/13/1998, párr. 5.6).

¹⁶⁶ Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 5.2.a)

¹⁶⁷ Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 31.2.b).

¹⁶⁸ *Nicolov c. Bulgaria*, comunicación n.º 824/1998, de 24 de marzo de 2000 doc. CCPR/C/68/D/824/1998, párr. 8.2.

¹⁶⁹ Artículo 99 del Reglamento del Comité de Derechos Humanos (versión actual aprobada en la 3567ª sesión del Comité, durante su 124º período de sesiones), doc. CCPR/C/3/Rev.11, de 9 de enero de 2019.

¹⁷⁰ Por lo que se refiere al Comité véase *Rolandas Paksas c. Lituania*, comunicación n.º 2155/2012, de 25 de marzo de 2014, doc. CCPR/C/110/D/2155/2012, párr. 7.3; y respecto al TEDH véase *Illiú et. al. c. Bélgica*, n.º 14301/08, decisión de inadmisión de 19 de mayo de 2009; *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suiza (n.º 2)* [GC], n.º 32772/02, § 63, de 30 de junio de 2009.

¹⁷¹ *Sdruženi Jihočeské Matky c. República Checa*, n.º 19101/03, decisión de inadmisión de 10 de julio de 2006, párr. 2.1.

el sistema de Naciones Unidas, las comunicaciones pueden ser presentadas por individuos o grupos de personas¹⁷², pero no, según reiteradas decisiones, por las entidades jurídicas¹⁷³.

78. Según la jurisprudencia del TEDH, no se puede inadmitir una demanda si los autores en ambas instancias no son idénticos¹⁷⁴. Así pues, puede darse la situación, como ya ha ocurrido, que una queja sustanciada en el ámbito interno por un grupo de particulares a través de un único procedimiento pueda conocerse más tarde ante instancias internacionales separadas. Un buen ejemplo es el asunto *Folgero*, en el que unos padres que no profesaban la religión católica consideraron que la negativa de las autoridades noruegas a eximir a sus hijos de cursar la asignatura del cristianismo y la religión de la enseñanza obligatoria vulneraba el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9 del Convenio) y el derecho a la educación (art. 2 del Protocolo n.º 1), amén de ser una discriminación contraria al artículo 14 del Convenio en relación con las dos disposiciones anteriormente citadas y el artículo 8 del Convenio. Tras agotar las vías internas, presentaron ante el TEDH una demanda, y tan solo un mes y unos días después otros grupos distintos dirigieron una queja ante el Comité de Derechos Humanos. El TEDH, aun admitiendo que había puntos en común entre ambos procedimientos, que abordaban las mismas cuestiones, consideró que no debía hacer una excepción a su jurisprudencia, admitiendo la queja¹⁷⁵. Entretanto, el Comité, que según su doctrina consideraba que no debía aceptar las denuncias relativas “al mismo individuo, presentada por el mismo o por cualquier otro que tenga capacidad para actuar en su nombre ante el otro órgano internacional”¹⁷⁶, afirmó que el hecho de que hubiese una acumulación de procesos, esto es, que se sumaran sus reclamaciones al de otros autores, no era motivo suficiente para negar su admisión¹⁷⁷.

79. Así pues, el Tribunal puede conocer de asuntos previamente planteados ante otras instancias por asociaciones u organizaciones no gubernamentales incluso cuando el demandante pertenecía a alguna de ellas¹⁷⁸. En alguna ocasión se ha seguido un criterio más restrictivo, como en el asunto *POA*, donde una demanda que era prácticamente idéntica (*virtually identical*) a la presentada ante otra instancia¹⁷⁹, en la que los particulares no gozaban del *locus standi*, fue inadmitida porque el reclamante (que formalmente no era el autor) estaba estrechamente ligado al procedimiento y los argumentos colectivamente pretendidos¹⁸⁰.

80. Debe advertirse, además, que, si nos fijamos por ejemplo en el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, comprobaremos que en principio este parece proporcionar una mayor protección que la que otorga el Convenio, no solo porque incorpora más derechos sustantivos, sino porque los coincidentes se formulan con mayor amplitud o imponen menos restricciones a su ejercicio¹⁸¹.

¹⁷² A pesar de que el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos solo habla de “individuos”, en la práctica se han admitido reclamaciones colectivas (véase A. G. LÓPEZ MARTÍN, “La reclamación individual como técnica de control del respeto a los derechos humanos: ¿comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas o Tribunal Europeo de Derechos Humanos?”, *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 5, 2004, p. 249. Otros tratados más recientes sí que contemplan esta posibilidad, como el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 2) o el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 1).

¹⁷³ *Basem Ahmed Issa Yassin et. al. c. Canadá*, comunicación n.º 2285/2013, de 26 de julio de 2017, doc. CCPR/C/120/D/2285/2013, párr. 6.3; *Asociaciones para la Defensa de las Personas con Discapacidad c. Italia*, comunicación n.º 163/1984, de 10 de abril de 1984, doc. CCPR/C/OP/2, párr. 5.

¹⁷⁴ *Kavala c. Turquía*, n.º 28749/18, § 94, de 10 de diciembre de 2019, *Miguel Cereceda Martín y otros c. España*, n.º 16358/90, decisión de inadmisión de 12 de octubre de 1992.

¹⁷⁵ *Folgerø y otros c. Noruega*, n.º 15472/02, decisión de admisión de 14 de febrero de 2006.

¹⁷⁶ *Antonio Sánchez López c. España*, comunicación n.º 777/1997, de 18 de octubre de 1999, doc. CCPR/C/67/D/777/1997, párr. 6. 2.

¹⁷⁷ *Leirvåg et al. c. Noruega*, comunicación n.º 1155/2003, de 3 de noviembre de 2004, doc. CCPR/C/82/D/1155/2003, párr. 13. 3.

¹⁷⁸ *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquía*, n.º 20641/05, § 38, de 25 de septiembre de 2012.

¹⁷⁹ *POA y otros c. Reino Unido*, n.º 59253/11, § 28, de 21 de mayo de 2013.

¹⁸⁰ *Ibid.*, § 30.

¹⁸¹ M. FOROWICZ, *The reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 153.

Por esta razón, y a diferencia del Tribunal¹⁸², el Comité sigue un enfoque más permisivo, al no conocer tan solo de las reclamaciones en las que hay una correspondencia de los derechos sustantivos, esto es, disposiciones equivalentes entre el Convenio y el Pacto¹⁸³, sino admitiendo también aquellas en las que pueda haber un “grado considerable de convergencia”¹⁸⁴. Pero ha ido más allá al tomar en consideración denuncias previas cuando el derecho invocado ofrece una “mayor protección” que el otorgado por el Convenio de Roma¹⁸⁵. Esto ha ocurrido, y en varias ocasiones, en relación con el principio de igualdad y de no discriminación, piedra angular de todo sistema de protección de los derechos humanos. Los principales instrumentos jurídico-internacionales, tanto regionales como universales, lo reconocen, aunque con un alcance diferente. La prohibición de la discriminación se recoge en el Convenio Europeo en un único precepto, el artículo 14, en el que se señala que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Tal disposición, cuyo objeto es completar las demás cláusulas sustantivas del Convenio y sus Protocolos, ofrece una protección más limitada pues no posee una naturaleza autónoma¹⁸⁶, es de naturaleza parasitaria¹⁸⁷, por lo que solo puede ser invocado con relación a otro derecho garantizado¹⁸⁸, a diferencia lo que establecido en el artículo 26 del Pacto, donde la prohibición de toda discriminación se articula de manera independiente¹⁸⁹, de modo más extenso.

4. La insuficiencia de las instituciones clásicas para resolver esta reiteración: las reservas

81. Unos años antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Ministros del Consejo de Europa instó a sus Estados miembros a formular una declaración¹⁹⁰ (en el momento de la firma o la ratificación) “cuyo efecto sería que la competencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas no comprendería la admisión y el examen de comunicaciones de particulares relacionadas con asuntos que ya hubieran sido o estuvieran siendo examinados con arreglo al procedimiento previsto en el Convenio Europeo”¹⁹¹.

82. Siguiendo esta recomendación, muchos de ellos presentaron declaraciones interpretativas o reservas, con un contenido similar, entre otros España, que optó por la segunda figura en los siguientes términos: “El Gobierno español se adhiere al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, interpretando el artículo 5, párrafo 2, de este Protocolo, en el sentido de que el Comité de Derechos Humanos no considerará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido o no lo esté siendo a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales”¹⁹².

¹⁸² *Vojnović c. Croacia*, n.º 4819/10, § 31, decisión de inadmisión de 26 de junio de 2012.

¹⁸³ *Mahabir c. Austria*, comunicación n.º 944/2000, de 26 de octubre de 2004, doc. CCPR/C/82/D/944/2000, párr. 8.5.

¹⁸⁴ *Lederbauer c. Austria*, comunicación n.º 1454/2006, de 13 de julio de 2007, doc. CCPR/C/90/D/1454/2006, párr. 7. 3.

¹⁸⁵ *Petersen c. Alemania*, comunicación n.º 1115/2002, de 1 de abril de 2004, doc. CCPR/C/80/D/1115/2002, párr. 6.7; *Loth c. Alemania*, comunicación n.º 1754/2008, de 23 de marzo de 2010, doc. CCPR/C/98/D/1754/2008, párr. 6.4.

¹⁸⁶ Razón por la cual fue adoptado el protocolo 12 con el objeto de establecer garantías adicionales en el ámbito de la no discriminación (Protocolo n.º 12 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (STE n.º 177), *Memoria explicativa*, texto en BOE núm. 64, de 14 de marzo de 2018).

¹⁸⁷ S. FREDMAN, “Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 16, 2016, p. 274; J. GERARDS, “The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 13, 2013, p. 100.

¹⁸⁸ *Molla Sali c. Grecia* [GS], n.º 20452/14, § 123, de 19 de diciembre de 2018; *Testigos de Jehová c. Azerbaiyán*, n.º 52884/09, § 45, de 10 de febrero de 2020.

¹⁸⁹ *Althammer et al. c. Austria*, comunicación n.º 998/2001, de 8 de agosto de 2003, doc. CCPR/C/78/D/998/2001, párr. 8. 4.

¹⁹⁰ M. FOROWICZ, *op. cit.*, pp. 150-151.

¹⁹¹ Consejo de Europa, resolución (70) 17 del Comité de Ministros, 15 de mayo de 1970.

¹⁹² Texto en BOE núm. 79, de 2 de abril de 1985.

83. El Comité de los Derechos Humanos, que se declaró competente para pronunciarse en materia de reservas¹⁹³, consideró que “en la medida en que la obligación más fundamental ha sido garantizar el examen por una tercera parte independiente de los derechos humanos de las personas [...], cuando el derecho establecido por ley y la cuestión de fondo sean idénticos en virtud del Pacto y de otro instrumento internacional, esa reserva no viola el objeto y fin del Primer Protocolo Facultativo”¹⁹⁴. Sin embargo, se ha interpretado de manera muy restrictiva, limitando en la práctica su alcance. El Comité no ha aceptado que cualquier tipo de “examen” previo del caso justifique la inadmisión de la queja, sino que se exige una suficiente consideración del fondo del asunto¹⁹⁵, pues, de lo contrario, tendría que oponerse a toda comunicación presentada ante el TEDH que haya obtenido una respuesta, sea cual fuese¹⁹⁶. Un limitado razonamiento por motivos forma¹⁹⁷, por ejemplo, no le impediría examinar una queja previa pese a las reservas formuladas al artículo 5, párrafo 2 a), del Protocolo Facultativo¹⁹⁸.

VIII. Una orientación *pro homine* más generosa desde Naciones Unidas

84. Los Comités y el TEDH, como hacen el resto de las jurisdicciones internacionales, suelen tener presente a la hora de resolver sus asuntos las soluciones exegéticas de otras instancias internacionales, sobre todo las que actúan en el mismo ámbito o sector del Derecho internacional. Aunque esta fertilización recíproca está presente en los pronunciamientos de ambos, ha sido el TEDH el más receptivo, siguiendo en muchos casos la argumentación de los órganos de expertos. Con todo, algunas veces los planteamientos son opuestos, aunque tengan a su disposición principios o reglas que permiten interpretar de manera armónica los instrumentos jurídicos que tutelan.

1. Una interpretación convencional, en principio, desde una óptica cosmopolita

85. Ya hace varias décadas que el TEDH encuentra en los pronunciamientos de los órganos de expertos una fuente de inspiración para adoptar sus decisiones. Es muy habitual encontrar referencias no solo en la parte de la sentencia que, como es habitual, analiza la jurisprudencia y práctica internacional en la materia, sino también en los mismos fundamentos de derecho. Lo hace además no solo para apuntalar su propia doctrina, sino también para actualizar el contenido de los derechos reconocidos convencionalmente, corregir una jurisprudencia errática o cambiar su línea jurisprudencial. Así, por poner algunos ejemplos de los últimos años, en el asunto *Ibrahim y otros c. Reino Unido*, donde los demandantes, que alegaba la violación del artículo 6 del Convenio, eran unos residentes británicos de origen somalí sospechosos de haber cometido varios atentados en el metro de Londres, la Gran Sala aprovecho la ocasión para esclarecer su jurisprudencia sobre los derechos a la asistencia letrada en los interrogatorios policiales. Y lo hizo haciendo referencia a la doctrina del Comité de Derechos Humanos sobre el alcance del artículo 14 del PIDCP¹⁹⁹, que implica el derecho a ser informada de los cargos, el derecho a la asistencia letrada y el derecho a permanecer en silencio²⁰⁰.

¹⁹³ Cuestión que fue muy discutida por la doctrina: C. REDGWELL, “Reservations to Treaties and Human Rights Committee General Comment No. 24”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 46, 1997, pp. 390-412; A. SALADO OSUNA, “Estudio sobre el Comentario General número 24 del Comité de Derechos Humanos”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, n.º 14, 1998, pp. 598-633.

¹⁹⁴ Comentario General N.º 24, sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, de 11 de noviembre de 1994, párr. 14.

¹⁹⁵ *J.P.D. c. Francia*, comunicación n.º 2621/2015, de 2 de noviembre de 2015, doc. CCPR/C/115/D/2621/2015.

¹⁹⁶ *Lemercier c. Francia*, comunicación n.º 1228/2003, de 27 de marzo de 2006, doc. CCPR/C/86/D/1228/2003, párr. 6.3.

¹⁹⁷ *Pauger c. Austria*, comunicación n.º 716/1996, de 25 de marzo de 1999, doc. CCPR/C/65/D/716/1996, párr. 6.4.

¹⁹⁸ *Achabal Puertas c. España*, comunicación n.º 1945/2010, de 27 de marzo de 2013, doc. CCPR/C/107/D/1945/2010, párr. 7. 3.

¹⁹⁹ *Khoroshenko c. Rusia*, comunicación n.º 1304/2004, de 29 de marzo de 2011, doc. CCPR/C/101/D/1304/2004, párr. 9.8; *Saidova c. Tayikistán*, comunicación n.º 964/2001, de 8 de julio de 2004, doc. CCPR/C/8, 1/D/964/2001, párr. 6.8.

²⁰⁰ *Ibrahim y otros c. Reino Unido*, [GS], n.º 50541/08, 50571/08, 50573/08 y 40351/09, § 271, de 13 de septiembre de 2016.

86. La actualización de sus derechos convencionales se ha producido también gracias a los avances normativos recientes de la escena internacional. Uno de los ámbitos más representativos es el de la discapacidad, donde se han ido incorporando nuevos estándares de protección. Las novedades introducidas por la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁰¹, que incorpora un modelo social, han ido polinizando la jurisprudencia europea atendiendo a la doctrina de su órgano de supervisión (el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) con una actuación muy prolífica en la materia mediante la adopción de *Observaciones Generales* relativas a diferentes derechos de la Convención. Avances significativos se han producido en el ámbito de la educación inclusiva²⁰², las condiciones de detención y la accesibilidad a las personas con discapacidad privadas de libertad²⁰³, el acceso a la justicia o las garantías procesales a través de ajustes y medidas razonables²⁰⁴.

87. El TEDH suele seguir también sus pronunciamientos previos en aras de la previsibilidad y la seguridad jurídica²⁰⁵. Solo se separa de sus propios precedentes cuando haya razones imperiosas, por ejemplo, cuando es necesario acomodar la interpretación del Convenio a los cambios acaecidos en la sociedad²⁰⁶. Esos giros jurisprudenciales se fundamentan, entre otros, en la práctica europea e internacional, siendo los dictámenes del Comité de Derechos Humanos un elemento notable. Un par de casos muy ejemplificativos. En el asunto *Bayatyan contra Armenia*, relativo a las sanciones penales impuestas a un ciudadano al negarse a cumplir, por razones religiosas, el servicio militar obligatorio, abandonó su tradicional jurisprudencia en torno al artículo 9 al reconocer, aunque no hay una referencia expresa en el texto convencional, el derecho a la objeción de conciencia, en el mismo sentido a como que lo veía haciendo el Comité con relación al artículo 18 del Pacto²⁰⁷. Igualmente, y ante los cambios normativos internacionales, ha rectificado su originaria línea jurisprudencial en torno al artículo 10 del Convenio, también sobre la base de dictámenes del Comité, ofreciendo una serie de criterios que pueden ser relevantes a la hora de decidir cuando el acceso a la información es preciso para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión²⁰⁸.

88. Muy pocas referencias explícitas encontraremos a la jurisprudencia europea en los pronunciamientos de los órganos de expertos. Cabe recordar que la estructura de las decisiones es algo diferente a las sentencias del Tribunal, dejando un amplio espacio para recoger los argumentos del denunciante y las observaciones de Estado antes de entrar en el examen de la admisibilidad y el fondo del asunto; y en este apartado, aunque rara vez se cita jurisprudencia previa, es cuando en algunas ocasiones el Comité “toma nota” de las presentadas por las partes para seguir su línea argumental²⁰⁹.

2. Pero que no evita algunas construcciones doctrinales divergentes

89. Aunque, como acabamos de señalar, los órganos de expertos no son muy proclives a mencionar la doctrina anterior europea, lo cierto es que se ha recurrido expresamente, aunque rara vez, a ciertas decisiones del TEDH, pero para separarse de su línea argumental. En el caso del *Kindler c. Ca-*

²⁰¹ Al respecto, F. J. BARIFFI, *El Régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Madrid, Cinca, 2014; I. BIEL PORTERO, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011; O. M. ARNARDÓTTIR, Y G. QUINN (eds.), *UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. European and Scandinavian Perspectives*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.

²⁰² *Cam c. Turquía*, n.º 51500/08, § 59, de 23 de febrero de 2016.

²⁰³ *Z.H. c. Hungría*, n.º 28973/2011, § 43, de 8 de noviembre de 2012.

²⁰⁴ *M.S. c. Croacia*, n.º 75450/12, § 157-159, de 19 de febrero de 2015

²⁰⁵ *Chapman c. Reino Unido* [GS], n.º 7238/95, § 70, TEDH 2001-I; *Martinie c. Francia* [GS], n.º 58675/00, § 54, TEDH 2006 VI.

²⁰⁶ *Cossey c. el Reino Unido*, 27 de septiembre de 1990, § 35, Serie A, n.º 184.

²⁰⁷ *Bayatyan c. Armenia* [GS], n.º 23459/2003, § 105, TEDH 2011.

²⁰⁸ *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría* [GS], n.º 18030/11, § 141, de 8 de noviembre de 2016.

²⁰⁹ Entre otros, *O.A. c. Dinamarca*, comunicación n.º 2770/2016, de 7 de noviembre de 2017, doc. CCPR/C/121/D/2770/2016, párr.8.5 -8.7.

nadá, efectivamente, tuvo “muy en cuenta” el fallo en el caso *Soering c. Reino Unido*, que consideró que la exposición en el corredor de la muerte del recurrente, pendiente de una solicitud de entrega en Estados Unidos para la ejecución de una pena de muerte, suponía un trato inhumano y degradante (artículo 3 del Convenio); pero lo hizo para advertir que “varios hechos importantes que contribuyeron a la sentencia del Tribunal Europeo son, en varios aspectos materiales, distintos de los hechos del presente caso. En especial, los hechos difieren en lo que respecta a la edad y el estado mental del delincuente, así como las condiciones prevalecientes en la galería de condenados a muerte de los respectivos sistemas penitenciarios. El abogado del autor no ha hecho comunicaciones concretas sobre la situación en las prisiones de Pensilvania ni sobre la posibilidad o los efectos de un retraso prolongado en la ejecución de la sentencia; tampoco se ha hecho consideración alguna sobre el método concreto de ejecución”²¹⁰. Años más tarde, consciente del nuevo consenso internacional a favor de la abolición de la pena de muerte y el consenso creciente para no ejecutarla, revisaría su jurisprudencia a la luz de los adelantos de la opinión internacional, pero sin aludir a los cambios en el ámbito europeo²¹¹.

90. Otro ámbito en el que parecen no coincidir es el del uso de las vestimentas y símbolos religiosos en espacios públicos. Las diferentes posturas al respecto se han podido ver cuando se ha analizado la prohibición de ocultar el rostro en todo el territorio de la República francesa. La Gran Sala, al examinar si esta práctica podía estar en contradicción con la libertad de pensamiento, conciencia y religión que protege el artículo 9, dijo que este no siempre garantiza cualquier acto inspirado en la religión en lugares públicos. En una sociedad democrática puede ser necesario establecer algunas limitaciones para conciliar los diferentes intereses en juego y garantizar las diferentes creencias religiosas²¹². Concluye pues que la prohibición es proporcional al objetivo perseguido que no es otro que preservar las condiciones de convivencia en la sociedad francesa²¹³. El Comité, en cambio, ha indicado que las limitaciones a la libertad de manifestar la religión para proteger la seguridad o los derechos y libertades del artículo 18 deben ser interpretadas restrictivamente²¹⁴. Después de advertir que el término “convivencia” era muy vago y abstracto, señaló que la prohibición no era proporcional a un interés legítimo ni era razonable y, además, que era discriminatoria por motivos de género y religión violando el artículo 26 del Pacto²¹⁵.

91. Pero sin duda alguna el caso paradigmático de falta de coherencia jurisprudencial es el asunto *Correia de Matos*, que fue examinado en ambas instancias con resultados diferentes. La víctima de este asunto era un ciudadano portugués que en el momento de la presentación de la demanda inicial ante el TEDH era auditor además de abogado. El Colegio de Abogados le suspendió en 1993 del ejercicio profesional porque consideraba que ambas profesiones eran incompatibles. Cuando unos años más tarde tuvo que comparecer ante un tribunal interno, acusado de injurias contra un magistrado, intentó asumir su propia defensa, pero el juez de instrucción le asignó uno de oficio. El 1999 presentó una demanda al TEDH que fue inadmitida, por ser manifiestamente mal fundada, dos años más tarde. En dicha decisión se indicaba que, desde la perspectiva del punto c) del apartado 3 del artículo 6 del Convenio, el derecho a defenderse a sí mismo no era absoluto, de manera que no sería incompatible con él aquella legislación interna que impusiese la representación letrada en alguna fase del procedimiento, designado libremente o por el propio tribunal, ya que se trataba de una medida para garantizar la defensa adecuada a sus intereses. La decisión de permitir que un acusado se defiende en persona o se le asigne a un abogado quedaba dentro del margen de apreciación de los Estados²¹⁶.

92. Unos meses más tarde, la víctima presentó una queja ante el Comité de Derechos Humanos. Sin obviar esta decisión del TEDH, ya que “tomó conocimiento” del fallo, tal como argumentaba el Es-

²¹⁰ *Kindler c. Canadá*, comunicación n.º 470/1991, de 25 de septiembre de 1993, doc. CCPR/C/48/D/470/1991, párr. 15.3.

²¹¹ *Judge c. Canadá*, comunicación n.º 829/1998, de 5 de agosto de 2003, doc. CCPR/C/78/D/829/1998, párr. 10. 3

²¹² *S.A.S. c. Francia*, n.º 43835/2011, § 125-126, de 1 julio 2014.

²¹³ *Ibid.*, § 157.

²¹⁴ *Yaker c. Francia*, comunicación n.º 2747/2016, de 17 de julio de 2018, doc. CCPR/C/123/D/2747/2016, párr. 8.10.

²¹⁵ *Ibid.*, párr. 8.17.

²¹⁶ *Correia de Matos c. Portugal*, n.º 48188/99, decisión de inadmisión de 15 de noviembre de 2001.

tado, y alineándose incluso con algunos puntos de su jurisprudencia, consideró sin embargo que se había violado el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto porque no había encontrado razones objetivas y suficientemente serias que justificasen la restricción del derecho a defenderse personalmente ni que la ausencia de un abogado de oficio pusiese en peligro los intereses de la justicia. Ni en la legislación interna portuguesa ni en la jurisprudencia se permitía eximir en una causa penal de la representación letrada, aunque el acusado fuese un abogado²¹⁷.

93. Años más tarde, en el contexto de un procedimiento civil, se dio una situación similar a la que originó la demanda primigenia, llegando de nuevo el asunto al TEDH y resolviendo este en el mismo sentido (que no se había producido una violación), en una decisión muy discutida por nueve votos contra ocho, con muchos votos particulares. Para el Tribunal, se decía, siempre hay que tener en cuenta los deseos del acusado cuando elija su representación jurídica, si bien se pueden limitar en interés de la justicia, cuanto haya motivos pertinentes y suficientes²¹⁸. A la hora de evaluar estas razones hay que tener en cuenta, pues el margen de apreciación no es ilimitado, no solo la legislación y la jurisprudencia interna, sino también el desarrollo normativo de otros Estados, así como los avances en el Derecho internacional y el Derecho de la UE²¹⁹.

3. Y que el principio de integración sistémica no resuelve por estar modulado por la doctrina del margen de apreciación

94. Los tratados de protección de los derechos humanos tienen una naturaleza específica, diferente a la de otros instrumentos jurídico-internacionales, debido, entre otras características, a la manera en que se enuncian sus obligaciones jurídicas, descritas en términos abstractos. Por eso es uno de los campos del Derecho internacional más proclive a la fragmentación, ya que el carácter abierto de sus disposiciones facilita interpretaciones con significados diferentes. Sin embargo, los órganos de supervisión no llevan a cabo su labor hermenéutica de manera aislada, en un vacío, sino en armonía con los principios y reglas jurídicas internacionales del que forma parte integrante. En este sentido, el TEDH se ha servido de diversas fuentes europeas e internacionales exógenas; su jurisprudencia está inundada de referencias a los pronunciamientos de otros órganos judiciales y, como acabamos de ver, a la doctrina de los órganos de control de ámbito universal, de modo que no sorprende que la Gran Sala (*Correia de Matos c. Portugal*) haya declarado recientemente que la Convención debe interpretarse, en la medida de lo posible, de manera acorde a las normas relativas a la protección internacional de los derechos humanos. Pero además considera, nada habitual, que esta técnica hermenéutica es acorde con la regla enunciada en el párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (CVDT), conocida como el principio de integración sistémica. Y es que, aunque el recurso al Derecho internacional general es frecuente en su jurisprudencia, no lo es tanto para este propósito concreto, sino para otros, como el de resolver conflictos normativos o colmar posibles lagunas del Convenio²²⁰.

95. Que el Tribunal “tenga en cuenta” las conclusiones de los órganos de expertos no significa, en su opinión, que sean “decisivas” o “determinantes”, aunque estemos ante la interpretación de disposiciones casi idénticas. Si así lo fuesen, el margen de apreciación o discreción del que gozan los Estados se vería muy reducido, restringiendo la libertad de elegir los medios más adecuados, según respalda una jurisprudencia consolidada²²¹. No obstante, como han apuntado algunos jueces, debe realizarse un mayor esfuerzo armonizador, cuando estemos ante normas redactadas y con un contenido normativo

²¹⁷ *Carlos Correia de Matos c. Portugal*, comunicación n.º 1123/2002, de 28 de marzo de 2006, doc. CCPR/C/86/D/1123/2002, párr. 7.2.-7.5.

²¹⁸ *Correia de Matos c. Portugal* [GS], n.º 56402/12, § 126, de 4 de abril de 2018

²¹⁹ *Ibid.*, § 130.

²²⁰ Al respecto, E. MARTÍNEZ PÉREZ, “La actualización de los derechos fundamentales en Europa: la incidencia de la Carta en la jurisprudencia de Estrasburgo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 44, 2013, pp. 165 y ss.

²²¹ *Correia de Matos c. Portugal* [GS], *cit.*, § 137.

muy similar, para garantizar la integridad normativa que debe presidir el Derecho internacional de los derechos humanos²²². No debe perseguirse la homogeneización de la doctrina de las diferentes instancias internacionales, pues cada sistema (regional o universal) tiene sus propias peculiaridades, con principios interpretativos distintivos, como el margen de apreciación propio del ámbito europeo que es difícil de extrapolar, construido en un ámbito donde hay una larga tradición democrática y respeto por los derechos humanos²²³. Pero es necesario, en cualquier caso, una mayor justificación de los motivos que llevan o no al Tribunal a alinearse con el razonamiento de otros órganos de supervisión.

96. El principio de interpretación evolutiva y el margen de apreciación son dos caras de la misma moneda, primando una u otra en función de la ausencia de consenso. Pues bien, en el caso antes citado, el Tribunal reconoce que puede haber una “tendencia” entre las Partes contratantes a reconocer el derecho a defenderse sin asistencia letrada pero no un “consenso”, siendo además su aplicación muy desigual. Parece entonces recurrir a su clásica técnica hermenéutica armonizadora, en este caso de manera restrictiva, para defender un alcance diferente de la disposición examinada, atendiendo a la falta de representatividad y uniformidad de la práctica. El Tribunal no reclama la unanimidad en la práctica, pero tampoco acepta una simple mayoría. Se refiere, generalmente, a la presencia de un “consenso emergente”, un “alto grado de consenso” o un “amplio consenso”, pero, en algunos casos, en ausencia de un consenso europeo, adopta un enfoque cosmopolita, más allá del puramente regional, como ocurrió en el famoso asunto *Christine Goodwin*, donde se constató una tendencia internacional continuada a favor del reconocimiento legal de la nueva identidad sexual de los transexuales²²⁴. Más aún, aunque la práctica debe ser lo suficientemente extendida, bastaría, como apuntó en el asunto *Demir y Baykara*, que una amplia mayoría de Estados acepten los estándares internacionales comunes conformados por un conjunto de reglas y principios²²⁵.

97. Cabe recordar que el propio Tribunal ha afirmado, en otras ocasiones, que estábamos ante un *alto grado de consenso* a nivel internacional a partir de los *Pactos* de Naciones Unidas y su posterior confirmación por los órganos de supervisión, a pesar de encontrarnos incluso con disposiciones que ni mucho menos eran equivalentes o comparables. Seguramente el mejor ejemplo lo encontramos en el asunto *Magyar Helsinki Bizottság*, donde uno de los elementos básicos para justificar su jurisprudencia primigenia fue el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que a diferencia del artículo 10 del Convenio Europeo, sí recoge el derecho a *buscar* información. De resultados de ello, el Tribunal, aun reconociendo que el artículo 10 no confiere a los particulares un derecho de acceso a la información en poder de una autoridad, considera, como venía confirmándose en numerosas ocasiones por el Comité de Derechos Humanos, que en ciertas circunstancias tal derecho puede ser determinante para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que su rechazo podría constituir una injerencia en el ejercicio de ese derecho²²⁶.

98. Ambos principios no son utilizados, al menos expresamente, en el ámbito universal, pero en sus argumentaciones se recurre, en ocasiones, a un lenguaje cercano a ellos. El Comité de Derechos Humanos ha defendido, por una parte, que el Pacto debe “interpretarse como un instrumento vivo y los derechos protegidos en él deberían ejercerse en el contexto y a la luz de la situación actual”; y, por otra, que debe velar “si ha habido adelantos y cambios de hecho y de derecho en la opinión internacional con

²²² Opinión disidente de los jueces Tsotsoria, Motoc y Mits en el asunto *Correia de Matos c. Portugal* [GS].

²²³ E. BREMS, “Smart Human Rights Integration” en E. BREMS Y S. OUALD CHAIB (eds.), *Fragmentation and Integration in Human Rights Law: Users’ Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar Publishers, 2018, p. 183; F. VANNESTE, *General international law before human rights courts: assessing the specialty claims of international human rights law*, Oxford, Intersentia, Oxford, 2010, p. 330.

²²⁴ *Christine Goodwin y I. contra Reino Unido* ([GC], n.º 28957/95, § 85, de 11 de julio de 2002. Por el contrario, ha afirmado que no aprecia una tendencia internacional a favor de la abolición de la cadena perpetua, un denominador común respecto a la imposición de esta sanción penal, de modo que las autoridades nacionales no sobrepasaron su margen de apreciación (*Khamtokhu y Aksenchik c. Rusia*, n.º 60367/08 y 961/11, § 86, de 24 de enero de 2017)

²²⁵ *Demir y Baykara contra Turquía*, [GS] n.º 34503/97, § 76, TEDH 2008

²²⁶ *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría* [GS], n.º 18030/11, § 156, de 8 de noviembre de 2016.

respecto a la cuestión planteada”, siendo consciente de si “ha habido un consenso internacional cada vez mayor” o un “un consenso creciente”²²⁷, lo que le acerca a la lógica de la interpretación contextual normativa. En un reciente asunto (*Harun c. Suiza*) afirmó, según este proceder, que la conclusión a la que había llegado, que el principio de no devolución se extendía a las personas expuestas a peligros distintos de la tortura, se corroboraba por una amplia mayoría de reglas recogidas en convenciones internacionales (Convenios de Ginebra y sus Protocolos, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados) y la jurisprudencia europea (*Saadi c. Italia, Ramzy c. Países Bajos*).

99. El margen de apreciación ha sido utilizado tan solo en una ocasión²²⁸, pero en la práctica los órganos de expertos han admitido también las diferencias entre los Estados y la flexibilidad en la interpretación de sus derechos, de modo que, como ha apuntado algún autor, el Comité no recurre al lenguaje retórico de esta doctrina, pero en algunas de sus decisiones subyace esta práctica²²⁹. No hay, en cualquier caso, una única razón que justifique que no se haga referencia explícita a esta doctrina, pero seguramente sean razones políticas más que jurídicas. Probablemente, sea el miedo a que sirva de excusa para mantener conductas o normas sociales estatales afianzadas lo que impide su reconocimiento. También que debería justificarse con más detalle de decisiones que se aparten de los estándares europeos²³⁰.

X. Conclusiones

100. Las víctimas de una violación de un derecho fundamental, ante la presencia de procedimientos internacionales a los que acudir, optarán seguramente por aquel que les asegure una reparación más satisfactoria. Más aún, si los requisitos de admisibilidad lo permiten, intentarán acudir a todos ellos, aunque sea de manera sucesiva, para conseguir un resultado favorable a sus pretensiones. Las soluciones previas adoptadas para casos similares, la *ratio decidendi* subyacente en ellas, serán un factor muy relevante para tomar una decisión, pero habrá que tener en cuenta también el valor jurídico de sus decisiones en el ámbito interno, sobre todo, como ocurre en España, ante la ausencia por parte del legislador de las reformas oportunas para darles efectos jurídicos. Y en este punto se deberá comprobar si las medidas propuestas por los órganos de control encuentran una vía reparatoria interna viable a la luz de la jurisprudencia interna. Por consiguiente, cuando busquemos solo una indemnización, que es habitual que se reconozca por los órganos de expertos, encontraremos en la responsabilidad patrimonial de la administración un cauce procesal adecuado para nuestros intereses. No en cambio, si lo que pretendemos es una revisión de una condena.

101. A pesar de la abundante jurisprudencia que podemos encontrar sobre los efectos jurídicos de los dictámenes de los Comités en nuestro país, seguiremos viendo nuevos pronunciamientos judiciales que deberán resolver peticiones nuevas, como la que seguramente se planteará a partir del dictamen del Comité de Derechos Humanos (demanda previamente inadmitida ante el TEDH) en relación con el exjuez Baltasar Garzón, separado de la carrera judicial por un delito de prevaricación, donde se ha requerido al Estado, después de constatar la vulneración de varios artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a procurar al autor un recurso efectivo, borrar los antecedentes penales del autor y proporcionarle una compensación adecuada por el daño sufrido²³¹. Será una buena oportunidad para comprobar si los órganos judiciales españoles confirman su posición respecto al valor jurídico de las decisiones de estos órganos.

102. La cuestión discutida aquí no es exclusiva de nuestro país, sino que encontramos disputas semejantes fuera de nuestras fronteras. Seguramente, el asunto más mediático fue el caso Vicent Lam-

²²⁷ *Judge c. Canadá*, comunicación n.º 829/1998, 5 de agosto de 2002, doc. CCPR/C/78/D/829/1998, párr. 10. 3)

²²⁸ *Hertzberg et al. c. Finlandia*, comunicación n.º 061/1979, de 2 de abril de 1982, doc. CCPR/C/15/D/61/1979, párr. 10. 3)

²²⁹ D. MCGOLDRICK, “A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the human rights Committee”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65, 2016, p. 55.

²³⁰ *Idid.*, p. 54-58.

²³¹ *Baltasar Garzón c. España*, comunicación n.º 2844/2016, de 13 de julio de 2021, apartado 7.

bert, que versaba sobre el cese de la alimentación e hidratación de un ciudadano francés tetrapléjico a raíz de un accidente de tráfico. Dicho caso, discutido sucesivamente ante el TEDH y el Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, dio lugar también a pronunciamientos judiciales divergentes, pero sin dilucidar realmente el valor jurídico que debía darse a los dictámenes²³². Lo mismo ha ocurrido en Brasil, donde se discutía la solicitud de registro de la candidatura de Lula a la Presidencia de la República, utilizándose como argumento central de la defensa, pero sin éxito, una medida cautelar emitida por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones. El *Tribunal Superior Eleitoral* rechazó la solicitud basándose, entre otros argumentos, en la jurisprudencia española del TS sobre las medidas cautelares²³³.

103. En suma, la falta de un cauce procedimental puede llevar a muchas víctimas a una situación de desamparo, después de un largo periplo judicial interno e internacional. Y será muy difícil de explicar por qué nuestro ordenamiento jurídico dispone de remedios para dar respuesta a ciertas decisiones y a otras no, emanadas ambas del mismo órgano de control. Por tal motivo, y mientras no se resuelva esta situación, estaremos empujando a los ciudadanos a que acudan a diferentes instancias internacionales de control, incluso de manera sucesiva, alargando aún más la posible reparación de la lesión sufrida. Creemos, en todo caso, que el legislador no adoptará una solución a corto plazo, sino que seguramente volveremos a ver lo que ocurrió con las sentencias del TEDH, cuyas reformas solo operaron después de la actuación contundente de los tribunales. Eso, o que los tribunales vayan corrigiendo su primigenia jurisprudencia y vayan cerrando paulatinamente las pocas vías internas para dar efecto jurídico a estos dictámenes. En este caso, habrá mayor seguridad jurídica, pero España deberá ofrecer ante Naciones Unidas una explicación convincente de por qué se compromete a participar en este sistema voluntario de denuncias de los particulares si luego se niega a ofrecer a las víctimas un recurso efectivo.

²³² Al respecto, P. VÉRON, “L’affaire Lambert et la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH)”, *Médecine & Droit*, 2020, pp. 1–5.

²³³ Disponible en <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2018/Setembro/leia-a-integra-do-voto-da-ministra-rosa-weber-presidente-do-tse-no-julgamento-que-indeferiu-o-registro-da-candidatura-do-ex-presidente-lula>.

Consideraciones sobre el control de oficio de la competencia en el ámbito de los Reglamentos europeos de familia y sucesiones

Considerations on the ex officio examination of jurisdiction in European family and succession Regulations

PABLO M. MELGAREJO CORDÓN

*Profesor contratado predoctoral
Universidad de Granada*

Recibido:04.12.2022 / Aceptado:24.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7553

Resumen: Este trabajo tiene por objeto el estudio de las particularidades que presenta el control de oficio de la competencia internacional en el ámbito material de los Reglamentos europeos de familia y sucesiones. Asimismo, en él se lleva a cabo un análisis de la STJUE de 7 de abril de 2022, referida a la aplicación de las disposiciones del Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones, recogiendo algunas reflexiones y opiniones personales al respecto.

Palabras clave: Control de oficio de la competencia internacional, Reglamentos europeos de familia, Reglamento 650/2012 sobre sucesiones.

Abstract: The purpose of this paper is to study the special features of ex officio monitoring of international competition in the material field of European family and succession Regulations. It also carried out an analysis of the STJUE of 7 April 2022, referring to the application of the provisions of Regulation 650/2012 in matters of succession, collecting some personal reflections and opinions in this regard.

Keywords: Ex officio examination of jurisdiction, European family Regulations, Regulation 650/2012 about successions.

Sumario: I. Introducción. II. Control de oficio de la competencia judicial internacional 1. El Reglamento 4/2009. 2. El Reglamento 650/2012. 3. Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104. 4. El Reglamento 2019/1111. III. Examen de oficio de la competencia al hilo de la STJUE de 7 de abril de 2022. 1. Hechos del caso, cuestión prejudicial y respuesta del TJUE. 2. Algunas opiniones al respecto. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. La función esencial de la competencia judicial internacional consiste en delimitar y determinar qué situaciones con repercusiones transfronterizas quedarán bajo la órbita competencial de un concreto tribunal. En este sentido, la potestad jurisdiccional nace exclusivamente de la soberanía del Estado. El Estado español ha regulado la función jurisdiccional en diferentes instrumentos jurídicos: La Constitución Española¹, en su artículo 117.3 indica: “*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados*

¹ BOE núm. 311, de 29/12/1978.

y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.”; El artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial² (en lo sucesivo LOPJ) tiene por encargo regular la extensión de esta potestad, señalando: “La jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes.”. Conviene recordar que no solo las denominadas normas internas pueden atribuir competencia a los tribunales españoles, sino que también pueden ver determinada su competencia, como ocurre en un gran porcentaje de situaciones internacionales, por las normas de la UE³.

2. Resulta conveniente limitar la cantidad de asuntos internacionales en los que las autoridades competentes vayan a ejercer la potestad jurisdiccional y ello responde a razones de: efectividad, ya que es público y notorio el colapso en las instancias judiciales que provoca una merma en la calidad jurídico-técnica de las resoluciones judiciales; coherencia con los propios principios del sistema jurídico; y respeto al resto de ordenamientos jurídicos. Otra alternativa reside en el establecimiento de reglas de competencia judicial internacional a nivel institucional -el mayor ejemplo de ello es la UE- o convencional -en forma de tratados internacionales bilaterales o multilaterales-.

3. La competencia judicial internacional goza de autonomía en un plano material y formal, pues se sitúa, indiscutiblemente, en un momento procesal anterior a la determinación de la competencia judicial interna que únicamente tendrá cabida cuando un tribunal sea competente a nivel internacional⁴. A menudo, la falta de coordinación entre las normas de competencia judicial y las reglas de competencia territorial internas -originada por dicha autonomía- producía situaciones de inadaptación. De ahí que el legislador español, con intención de aminorar el número de supuestos afectados por este fenómeno, decidiese reformar la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵ (en lo sucesivo LEC) en el año 2000. No obstante, nada de lo anterior parece impedir a algunos tribunales ver erróneamente determinada su competencia judicial internacional con criterios de competencia territorial recogidos en la LEC⁶.

4. En sede de determinación de la competencia judicial internacional, es ampliamente conocida la diversidad de regímenes a nivel institucional y autónomo que deben aplicarse con carácter preferencial, tal como señala el artículo 21.2 de la LOPJ, respecto al régimen autónomo o interno. Especial importancia cobra el régimen institucional, incardinado en la construcción supranacional más inteligente ideada y materializada hasta el momento, para los Estados miembros en el espacio judicial europeo. No obstante, existe vida más allá de los Reglamentos de la UE en forma de Convenios internacionales. Algunos de ellos se encargan de uniformar criterios de competencia⁷, mientras que otros tienen confiada la misión de regular ámbitos específicos -mayoritariamente en relación con el transporte-, sin perjuicio de que contengan reglas de competencia judicial⁸.

5. Un aspecto clave ligado indisolublemente a cualquier sistema de competencia judicial internacional es la verificación de oficio de la competencia. La inexistencia de foro o criterio de competencia

² BOE núm. 157, de 02/07/1985.

³ Vid. en este sentido el artículo 4.1 bis, cuando refiere: “Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. En ocasiones, parece necesario recordar que el Derecho de la UE forma también parte del ordenamiento jurídico español.

⁴ Sobre esta materia resulta instructivo: J.-C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado*, 12ª edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 58-60; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª edición, Comares, Granada, 2016, pp. 330-335; P. SCHLOSSER, « Jurisdiction and International Judicial and Administrative Cooperation », *Recueil des Cours*, t. 284 (2000), pp. 381 ss.

⁵ BOE núm. 7, de 08/01/2000. Sobre esta reforma en el ámbito de Derecho internacional privado vid. C. ESPLUGUES MOTA, “Aspectos de Derecho Internacional Privado de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000.” *Revista de Derecho*, núm. 1, 2002, pp. 7-10.

⁶ Algunos casos llamativos de esta situación pueden observarse en la SAP Barcelona núm. 196/2008, de 9 de octubre. O más recientemente en la SAP Zaragoza (sección 5ª) núm. 68/2020 de 18 de junio de 2020.

⁷ *Ad ex.*, Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, ultimado en Varsovia el 12 de octubre de 1929, como consecuencia de la Conferencia internacional de Derecho privado aéreo.

⁸ *Ad. ex.*, Convenio internacional relativo a los transportes por ferrocarril, hecho en Berna el 9 de mayo de 1980.

internacional significa para el tribunal la imposibilidad de conocer del asunto privado internacional. Descrito en términos más sencillos: sin foro no hay proceso⁹.

6. El respeto hacia los foros de competencia establecidos en el sistema jurídico guarda, junto al conocimiento de los distintos regímenes de determinación de competencia judicial internacional por parte de los tribunales, una relación de especial importancia en el ordenamiento jurídico español. En consonancia con lo anterior, el artículo 9.1 de la LOPJ señala: “*Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley*”. De esta misma ley resulta adecuado destacar el artículo 21.1 cuando refiere: “*Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas*.”. La síntesis de este artículo es sencilla, pues refiere que los tribunales españoles únicamente serán competentes para conocer de un litigio con repercusiones transfronterizas cuando alguna norma, sea cual sea su origen (institucional, convencional o autónomo), le atribuya competencia internacional. Esta misma idea es reiterada por la LEC¹⁰. Así el artículo 36 indica: “*La extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte*.”. Por su parte, el tenor literal del artículo 44 es el siguiente: “*Para que los tribunales civiles tengan competencia en cada caso se requiere que el conocimiento del pleito les esté atribuido por normas con rango de ley y anteriores a la incoación de las actuaciones de que se trate*.”

Esta misma idea -imposibilidad de conocer de un asunto con elementos internacionales sin foro de competencia internacional- viene reiterándose desde la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, pasando por leyes orgánicas, como normas de mayoría reforzada, hasta leyes ordinarias, de mayoría simple¹¹.

7. Ciertas consideraciones, aunque meramente introductorias, deben ser puestas de manifiesto tras lo mencionado *supra* en relación con la competencia judicial internacional:

- 1^a) Los artículos citados en párrafos anteriores compelen a los órganos judiciales españoles que pretendan conocer de un asunto a verificar de oficio, sin que quepan en este sentido alegaciones de las partes, su competencia internacional.

⁹ En este sentido *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Un convenio internacional perdido y hallado en las Islas Baleares: reflexiones sobre el control de oficio de la competencia judicial internacional y las fuentes del Derecho internacional privado español”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, 2017, pp. 374-375; A.-L. Calvo Caravaca/ J.-M. ESPINAR VICENTE, “El control de la competencia judicial internacional del Tribunal de origen de la sentencia” *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1983, pp. 1117-1118.

¹⁰ En esta línea *vid.* M.T. ECHEZARRETA FERRER, “Imprevisión del demandado respecto al control de oficio de la competencia judicial internacional” *Revista general de Derecho*, núm. 649-650, pp. 12897-12905.

¹¹ Sobre esta materia resulta ilustrativo ver la tesis doctoral de R. ARENAS GARCÍA, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 300-301, cuando refiere: “*en ausencia de competencia no es posible producir una decisión sobre el fondo del asunto, con lo que el órgano jurisdiccional, exista o no alegación de parte, deberá abstenerse. En nuestro sistema autónomo esta conclusión puede extraerse de los arts. 117.3 de la Constitución, y 9.1 y 21 de la LOPJ, en los que se prohíbe a los órganos judiciales el ejercicio de la función jurisdiccional fuera de los supuestos en los que tengan atribuida competencia (...) Si el demandado impugna la competencia de los Tribunales españoles con anterioridad a contestar al fondo del asunto no cabrá deducir la sumisión tácita de éste, por lo que, pese a que la actuación del demandado presente vicios que impidan la eficacia de su solicitud de abstención, ésta no impedirá el ejercicio por el tribunal de su obligación de verificar de oficio la concurrencia de competencia judicial internacional, y proceder a la abstención en caso de que no concorra ningún criterio de competencia en nuestro sistema*”. Igualmente puede verse a L. BARDAJÍ GÓMEZ, “Sobre el control de oficio de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles” *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 1987, pp. 945-950; Y. DUTREY GUANTES, “Control de la competencia judicial internacional y sumisión expresa en el ámbito comunitario. Problemas y paradojas” *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2001, pp. 1901-1903; C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “Problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional en el Derecho español y comunitario: reflexiones en torno al *forum non conveniens*” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 94, 2000, pp. 105-110.

- 2ª) Dado que el único modo por el que un tribunal puede conocer de un asunto internacional es localizando un foro de competencia, cuando no disfrute de tal suerte, queda obligado a declararse incompetente, lo que significará la inadmisión de la demanda y el sobreseimiento del proceso.
- 3ª) En el eventual caso de que un tribunal se reputase competente sin serlo formalmente, el proceso devendría nulo de pleno derecho. Así lo indica el artículo 238 de la LOPJ: “*Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 1.º Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.*”

Cualquier interpretación que abandone esta lógica supondría la ruptura de esta máxima.

8. Tras haber realizado un breve y genérico, pero necesario, recorrido por la demarcación de la competencia judicial internacional, se hace preciso en este momento presentar el objeto y la estructura de este trabajo. Por lo que concierne al objeto de este estudio, ha podido preverse que quedará delimitado al análisis de la verificación de la competencia en los Reglamentos europeos de familia. Por lo que se refiere a la estructura, este artículo intentará seguir un orden lógico. En primer lugar, se pondrán de manifiesto las disímiles configuraciones de las que participan dichos Reglamentos en la declaración de incompetencia de oficio. En segundo lugar, se examinará el más reciente pronunciamiento del TJUE sobre el control de oficio de la competencia: la sentencia de 7 de abril de 2022 en el asunto C-645/20: XA¹². Y, por último, se presentarán las conclusiones extraídas.

II. Control de oficio de la competencia judicial internacional

1. El Reglamento 4/2009

9. El Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos¹³, también conocido como Bruselas III, devino plenamente operativo en España el 18 de junio de 2011 sustituyendo al denominado Reglamento Bruselas I¹⁴ en la regulación de las obligaciones alimenticias.

10. Por lo que concierne al ámbito de aplicación material, no sobra recordar que el régimen específico de obligaciones alimenticias contenido en este Reglamento no afecta únicamente a las personas unidas en matrimonio, afinidad o por relación de parentesco, sino que también resulta aplicable a los cónyuges divorciados, a los cónyuges que vean declarado nulo su matrimonio y a los cónyuges separados mediante sentencia judicial. De hecho, el Reglamento está llamado a ser aplicado no solo a las obligaciones estrictamente alimenticias, sino también a las pensiones compensatorias o prestaciones indemnizatorias entre excónyuges¹⁵.

11. Por lo que respecta a la competencia judicial internacional, como ya destacaron algunos autores¹⁶, existen algunas particularidades propias del Reglamento.

La primera tiene que ver con el descarte de las reglas de competencia judicial internacional establecidas en la LOPJ, toda vez que las normas del Reglamento se aplican de forma general independientemente del domicilio del demandado.

¹² ECLI:EU:C:2022:267

¹³ *DOUE* núm. 7, de 10 de enero de 2009.

¹⁴ Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *DOCE* núm. 12, de 16 de enero de 2001.

¹⁵ En este sentido *vid.* STS de 17 de febrero de 2021 relativa al divorcio de dos franceses en España, en el que aparte de las obligaciones alimenticias se solicita pensión compensatoria en favor de la excónyuge. [Id Cendoj: 28079110012021100081]

¹⁶ *Vid.* J.-C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado... op. cit.*, pp. 560-561.

La segunda se refiere a la aplicabilidad de los foros del Reglamento, no sólo a los órganos jurisdiccionales *strictu sensu*, sino también a las autoridades administrativas de los Estados miembros con competencias en materia de obligaciones de alimentos, tal como refiere el artículo 2.2.

La tercera guarda relación con la circunstancia de que algunos de los foros previstos en Bruselas III determinan a la par la competencia judicial internacional de un órgano jurisdiccional, al tiempo que su competencia territorial. Sirva de ejemplo lo dispuesto en el artículo 3 letra a) cuando indica: “*el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual*”. Este foro se refiere a los tribunales de un concreto lugar (residencial habitual del demandado), p. ej., los tribunales de Granada.

La cuarta singularidad se relaciona con la potestad que el artículo 4 atribuye a las partes para elegir, mediante acuerdo escrito, como exclusivamente competentes -salvo pacto en contrario- a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual o la nacionalidad de alguna de las partes (artículo 4 letras a) y b) respectivamente) para conocer de una reclamación de alimentos. Esta posibilidad de sumisión expresa se reconoce asimismo en el caso de las obligaciones alimenticias entre cónyuges y excónyuges, permitiéndose a estos últimos someter su reclamación, bien a los tribunales del Estado miembro que conozcan del litigio matrimonial (artículo 4.1 letra c) i)) -que habrá visto determinada su competencia por el Reglamento Bruselas II bis¹⁷ o Bruselas II ter, dependiendo de la fecha en que se haya interpuesto la demanda- o bien a los tribunales del Estado miembro en el que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual común (artículo 4.1 letra c) ii)). No obstante, las partes ven limitada su facultad de elegir al tribunal competente cuando se trate de obligaciones alimenticias respecto de menores de 18 años (artículo 4.3). En el apartado cuarto del artículo 4 queda regulada la posibilidad de que las partes atribuyan competencia exclusiva a un órgano jurisdiccional del Convenio de Lugano¹⁸. Si las partes hicieran uso de esta facultad y el Estado al que perteneciera el tribunal no fuese un Estado miembro, será aplicable la normativa del Convenio de Lugano, siempre que no hubiere menores de 18 años implicados en el litigio.

12. Cuando un órgano jurisdiccional no pueda reputarse competente por sumisión expresa, ni tampoco encuentre quepa fundamentar su competencia en una eventual sumisión tácita (regulada en el artículo 5 del Reglamento), el Reglamento establece un variado elenco de foros concurrentes. De hecho, son cuatro los foros alternativos entre sí que Bruselas III, en su artículo 3, pone a disposición del demandante, permitiéndole interponer su reclamación ante: 1) el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual (letra a)); 2) el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual (letra b)); 3) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas, cuando la demanda relativa a la obligación de alimentos sea accesoria de esta acción (salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes) (letra c)), o 4) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a la obligación de alimentos sea accesoria a esta acción (salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes) (letra d))¹⁹.

13. Existen dos foros que son llamados a escena cuando ni las reglas de competencia general, ni la *prorrogatio fori* han podido atribuir competencia judicial internacional a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro o Estado parte del Convenio de Lugano. El primero de ellos es al foro subsidiario del artículo 6, que atribuye competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nacionalidad común de las partes. En defecto de este foro, puede entrar en juego el *forum necessitatis*, regla de absoluta excepcionalidad que determina competente al órgano jurisdiccional del Estado miembro con

¹⁷ Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000. *DOUE* núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

¹⁸ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *DOUE* núm. 339, de 21 de diciembre de 2007.

¹⁹ Una lectura sosegada muestra cómo los foros de competencia se encaminan al auxilio preferente del acreedor de alimentos como parte débil de la relación, prevaleciendo sobre la capacidad financiera del deudor alimenticio.

el que el litigio guarde conexión suficiente. La aplicabilidad de este foro se reserva a aquellos supuestos en que ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro pueda ser competente por ninguno de los foros ya analizados.

14. Efectuado este breve recorrido por las reglas de competencia contenidas en Bruselas III, y dado que el objeto de este trabajo es el control de oficio que los tribunales han de realizar sobre su competencia, se procede ahora al examen del mismo. En este sentido, cuando un órgano jurisdiccional no pueda apreciar su competencia judicial internacional en ninguno de los foros del Reglamento, deberá invocar lo dispuesto en el artículo 10 de este mismo instrumento jurídico para declararse incompetente de oficio.

15. No obstante, es preciso recordar que, en aplicación de lo previsto en el artículo 69, Bruselas III cede en favor “*de los convenios y acuerdos bilaterales o multilaterales de los que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento*”. En esta concreta materia el Estado español suscribió sendos convenios con Uruguay²⁰ y el Salvador²¹.

16. Por lo que respecta al Convenio con Uruguay, si bien es cierto que regula la competencia judicial internacional en el Título II en sus artículos 7 y 8 bajo la rúbrica “*De la jurisdicción competente*”, no contiene disposiciones que ordenen la verificación de la competencia de oficio -tampoco a instancia de parte-. De lo anterior se desprende que, si un órgano jurisdiccional español no viese determinada su competencia judicial internacional por los artículos 7 u 8 del Convenio, no podrá, consecuentemente declararse incompetente de oficio mediante la normativa convencional. Ello obligará al tribunal a recurrir a tal efecto a las normas sobre verificación de la competencia del sistema estatal. Por tanto, el único modo de que un órgano jurisdiccional español se declare incompetente de oficio será el artículo 22 octies 3, en relación con las normas procedimentales de la LEC, concretamente los artículos 36.2 párrafo 2 y 38 (apreciación de oficio de la falta de competencia judicial internacional), a los que ya se ha aludido anteriormente.

17. Por lo que se refiere al Tratado con la República de El Salvador -que, frente al Convenio con Uruguay, es de carácter general-, se aprecia una mejor estructura dispositiva. Tanto es así que guarda cierta relación de similitud con los Reglamentos europeos, al dedicar íntegramente su Capítulo II a la regulación de la competencia judicial internacional. (Capítulo de cuyas normas, hay que recordar, sólo son de aplicación a los alimentos las contenidas en los artículos 2, 4.2 y 5). Este Tratado reserva su artículo 6 a la verificación de la competencia de oficio, resultando de aplicación a las reclamaciones de alimentos lo dispuesto en su apartado segundo, donde se prevé que el tribunal de un Estado Parte deberá cursar la declaración de incompetencia cuando estando domiciliado el demandado en el otro Estado Parte, éste no compareciera y el tribunal no pudiese fundar su competencia en ninguno de los foros previstos en el Tratado.

18. Como se puede apreciar, las diferencias entre ambos instrumentos jurídicos son evidentes. Mientras que el Convenio con Uruguay no contempla entre sus disposiciones ninguna que permita a un órgano jurisdiccional verificar de oficio su competencia, obligando a aquél a recurrir a tal efecto al sistema autónomo, el Tratado con El Salvador, sí que regula expresamente la verificación de la competencia judicial internacional, posibilitando que el órgano jurisdiccional ante el que se suscite una reclamación de alimentos, de no concurrir a su favor ninguno de los foros recogidos en el Tratado, se declare incompetente de oficio con base en la propia normativa convencional.

²⁰ Convenio entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987. *BOE* núm. 31, de 5 de febrero de 1992.

²¹ Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000. *BOE* núm. 256, de 25 de octubre de 2001.

2. El Reglamento 650/2012

19. El Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, 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 europeo²² (en lo sucesivo RES), también denominado por la doctrina y operadores jurídicos como Bruselas IV, resulta aplicable para los Estados miembros de la UE²³ desde el 15 de agosto de 2015.

20. El ámbito material del RES parece, *a priori*, estar bien delimitado tanto en sentido positivo como en el negativo. De ahí que las normas del Reglamento resulten aplicables a cualquier transmisión *mortis causa* de derechos, bienes u obligaciones con independencia de la existencia o no de testamento. La aplicación de este Reglamento, aunque el artículo 1.1 no se pronuncie a este respecto, queda reservada a los procesos sucesorios con elementos internacionales, tal como se desprende del primer Considerando, cuando manifiesta: “... la Unión debe adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza...”

21. Entrando en el examen del régimen de competencia judicial internacional previsto en el RES, hay que comenzar, primer lugar, haciendo referencia al foro general del artículo 4 del Reglamento, que establece la competencia de los tribunales del Estado miembro en el que el *de cuius* tuviera su última residencia habitual²⁴.

En segundo lugar, cuando la residencia habitual del causante no pudiere determinarse en ningún Estado miembro, los tribunales del Estado miembro en el que se encontrasen los bienes del causante podrán conocer del conjunto de la sucesión, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.1 siempre que: a) el *de cuius* poseyera la nacionalidad de este Estado miembro al momento de fallecer; o b) el *de cuius* hubiera residido habitualmente en dicho Estado miembro sin que hubieran transcurrido más de cinco años desde el cambio de residencia. De no concurrir ninguna de estas circunstancias, los tribunales del lugar de situación de los bienes podrán conocer únicamente de la sucesión referida a tales bienes (artículo 10.2).

Como excepción al juego de los foros de los artículos 4 y 10 del RES, el legislador europeo contempla una serie de supuestos en las que un tribunal de un Estado miembro distinto al de la residencia habitual del causante o al del lugar de situación de sus bienes, puede acabar conociendo de la sucesión (artículos 5 a 9).

El primer supuesto es aquel en el que, habiendo elegido el causante su ley nacional para regir su sucesión de conformidad con lo establecido en el artículo 22, y siendo dicha ley la de un Estado miembro, las partes hayan decidido atribuir competencia exclusiva a los tribunales de dicho Estado mediante acuerdo expreso -previo al inicio del litigio- y cumpliendo el resto de requisitos formales previstos en el artículo 5 (artículo 7 letra b) en relación con el artículo 5). En este primer supuesto, el tribunal del Estado miembro que debiera conocer del asunto conforme a los artículos 4 ó 10 y ante el que se hubiera podido presentar inicialmente la reclamación, vendrá obligado a abstenerse (artículo 6 letra b)). Para el caso en que no todas las partes del procedimiento hubieran participado en el acuerdo de elección de foro, el RES prevé la posibilidad de que el tribunal ante el que se haya suscitado la reclamación pueda seguir ejerciendo su competencia si tales partes comparecieran ante el mismo sin impugnar su competencia (artículo 9.1).

²² DOUE núm. 201, de 27 de julio de 2012.

²³ A excepción de Irlanda y Dinamarca que, haciendo uso de las disposiciones de los Protocolos núm. 21 y 22 respectivamente, sobre la posición de estos países respecto al espacio de libertad, seguridad y justicia, decidieron no participar en la adopción de este Reglamento. *Vid.* los Considerandos 82º y 83º.

²⁴ Aunque la residencia habitual parece ser un concepto claro y fácilmente identificable, ello dista mucho de la realidad. El propio legislador de la UE confirma esta aseveración cuando en los Considerandos 23º y 24º precisa algunas indicaciones para la determinación de la residencia habitual que “*En algunos casos, determinar la residencia habitual del causante puede revelarse complejo. (...)*”. De ahí la conveniencia de realizar un examen general de las circunstancias del caso prestando especial atención al centro de interés social de su familia y su vida social. Para más información a este respecto *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 1, 2016, pp. 50-53.

El segundo supuesto se refiere al caso en que, no existiendo acuerdo expreso previo al planteamiento de la reclamación, esta se suscite ante los tribunales del Estado miembro correspondiente a la nacionalidad del causante y cuya ley haya sido elegida por éste a la luz del artículo 22, y, además, se dé la circunstancia de que las partes del procedimiento, iniciado este último, admitan expresamente la competencia del tribunal ante el que se haya sometido el asunto (artículo 7 letra c)).

El tercer y último supuesto tendrá lugar cuando, habiéndose formulado la reclamación sucesoria ante el tribunal del Estado miembro competente sobre la base de lo dispuesto en el artículo 4 ó 10, éste, a instancia de parte, decida abstenerse de conocer por considerar que el tribunal del Estado miembro correspondiente a la ley nacional del causante, elegida por este último en aplicación del artículo 22, se halla en mejor situación para pronunciarse sobre la sucesión, habida cuenta de criterios como la residencia habitual de las partes o el lugar de situación de los bienes del causante (artículo 6 letra a)).

El RES cierra su sistema de foros con el llamado foro de necesidad del artículo 11, que permite a cualquier tribunal de un Estado miembro, de no concurrir a su favor ninguno de los foros anteriores, ni tampoco hacerlo a favor de ningún otro tribunal de otro Estado miembro, conocer de forma excepcional de una reclamación en materia sucesoria en los supuestos en los que, resultando imposible o no pudiendo iniciarse o desarrollarse razonablemente el proceso en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese una vinculación estrecha, el tribunal requerido guarde vinculación suficiente con el asunto.

22. Expuestos los foros del RES, procede a continuación examinar la norma que dicho instrumento dedica a la comprobación de oficio de la competencia judicial internacional, establecida en el artículo 15. De una lectura precipitada de este asunto, podrían extraerse conclusiones erróneas, como que la cuestión no reviste dificultad o particularidad alguna, por considerarse que el tribunal que no encuentre fundada su competencia en ninguno de los criterios atributivos de competencia del RES se declarará incompetente de oficio a través del artículo 15. No obstante, el Considerando 36º ya advierte la existencia de indicios claros sobre la complejidad de la cuestión al recordar que *“las sucesiones en algunos Estados miembros pueden ser sustanciadas por autoridades no judiciales, como los notarios, que no están vinculadas por las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento”*.

23. En este punto, resulta obligado preguntarse si en España el notario, en tanto autoridad no judicial con competencia en materia sucesoria, puede o no considerarse como tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, párrafo segundo del RES, en los supuestos en los que aquél interviene en una sucesión de dimensión transfronteriza. Y, en caso de acoger una respuesta afirmativa para la referida cuestión, se suscita una nueva duda, como es la de saber si aquél tiene tal consideración en todos los expedientes sucesorios en los que su intervención viene requerida o solo en algunos de ellos.

24. La consideración del notario español como tribunal a efectos del Reglamento sigue siendo actualmente un tema sometido a debate en los foros de discusión *iusinternacionalprivatistas*. Son hasta tres las diferentes posiciones doctrinales que existen a este respecto. De un lado, existen autores que no reputan al notario español como tribunal, pues no consideran que exista un claro ejercicio de funciones jurisdiccionales. De otro lado, un sector doctrinal, en el que se incluyen a los propios notarios, creen firmemente que el notario es tribunal según las indicaciones del artículo 3.2 del RES basándose en la interpretación extensiva que el propio Reglamento insta a realizar sobre el término tribunal. De otro, algunos autores estiman como tribunal al notario español solamente en la tramitación de algunos expedientes sucesorios en cuya tramitación viene prevista su intervención. La finalidad de este trabajo no radica en profundizar en esta cuestión, no solo porque escapa de su objeto de estudio, sino porque ya existen trabajos que han examinado esta materia en profundidad²⁵.

²⁵ Sobre las disímiles posiciones doctrinales *vid.* R. RUEDA VALDIVIA, “Competencia internacional del notario español para la tramitación de expedientes sucesorios nacionales en sucesiones de dimensión transfronteriza: un análisis a la luz de la jurisprudencia del TJUE” en Á. LARA AGUADO (dir), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 94-110; Igualmente, sobre esta cuestión, puede verse a P. M. MELGAREJO CORDÓN, “Reflexiones acerca de la consideración de “tribunal” a efectos del Reglamento 650/2012 del notario español en la tramitación de expedientes de jurisdicción voluntaria en el proceso sucesorio.

25. Contémplese ahora, por tanto, la cuestión de la comprobación de oficio de la competencia en los distintos supuestos que pueden suscitarse.

- 1) Si las partes implicadas en el proceso sucesorio no pudiesen resolver amistosamente las cuestiones litigiosas que se originasen y acudiesen a un tribunal -órgano judicial en sentido estricto-, éste, de no encontrar fundada su competencia en ninguno de los foros del RES, habrá de declararse incompetente de oficio invocando lo dispuesto en el artículo 15.
- 2) Si, como opina parte de la doctrina, se llega a la conclusión de que los notarios españoles ejercen funciones jurisdiccionales en la tramitación de una declaración de herederos *abintestato* u otros expedientes, y, por tanto, deben tener la consideración de tribunal a efectos del artículo 3.2, quedando vinculados por las reglas de competencia del RES²⁶, de no concurrir a favor del notario español, cuya intervención sea requerida, ninguno de los criterios del Reglamento, aquél deberá atender a lo dispuesto en el artículo 15 y declararse incompetente de oficio.
- 3) Cuando el notario español no ejerza funciones jurisdiccionales, y, por ello, no sea tribunal según lo dispuesto en el artículo 3.2 del RES, no quedará vinculado por las normas del Reglamento. En tal caso, el notario español, dada la inaplicación de la normativa institucional, deberá decidir su competencia recurriendo al régimen estatal de competencia internacional en materia sucesoria -pues no existen normas en este ámbito en el plano convencional-, esto es, a la Ley de Jurisdicción Voluntaria²⁷ (en lo sucesivo LJV). El artículo 9 de esta ley, en su apartado 1, párrafo 2º, regula aquellas situaciones internacionales en la que no resulten aplicables o sean inexistentes normas institucionales, remitiéndose a la LOPJ. Por dicho motivo, el notario español se declarará de oficio incompetente con arreglo a lo establecido en el artículo 22 octies 3.1º. Es cierto que el tenor literal de este artículo refiere: “*Los Tribunales españoles se declararán incompetentes si su competencia no estuviera fundada en las disposiciones de las leyes españolas, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales*”, y, de esta literalidad, podría pensarse que, si el notario no es “tribunal” a los efectos de la aplicación del RES, tampoco lo habría de ser para la verificación de oficio de su competencia a través de la LOPJ. En este punto es preciso recordar que el artículo 9 se enmarca en el Título I de la LJV, que lleva por rúbrica “*De las normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria*”, y ello permite argumentar en favor de que sus normas le sean aplicadas no solo a los Jueces como órganos judiciales, sino también a los Notarios, a los Letrados de la Administración de Justicia o a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles en los casos en que la LJV les encomiende la tramitación de cualquiera de los expedientes regulados en dicha Ley.

3. Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104

26. El Reglamento (UE) núm. 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

Un debate abierto”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, 1ª ed., Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 530-532; Á. Lara Aguado, “Claves del Reglamento (UE) 650/2012 a la luz de la jurisprudencia del TJUE: de la especialización a la (in)coherencia a través del mito del principio de unidad y las calificaciones autónomas unívocas” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 39, 2020 pp. 65-67.

²⁶ Sobre algunos autores que consideran al notario español como tribunal en la declaración de herederos *abintestato*, vid. R. RUEDA VALDIVIA, “Competencia internacional del notario español...”, *op. cit.*, pp. 110-123; A. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, “El Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo: actos de ejecución y Derecho patrimonial”, en I. A. CALVO VIDAL (coord.) *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, pp. 251-252; P. M. MELGAREJO CORDÓN, “El notario español como autoridad no judicial con competencias en materia sucesoria y su relación con el Reglamento 650/2012. ¿Tribunal o fedatario público?” en R. RUEDA VALDIVIA (Dir.), *Nuevos horizontes del Derecho internacional privado del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, (en prensa).

²⁷ BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales²⁸ (en lo sucesivo RREM), así como el Reglamento (UE) núm. 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 registradas²⁹ (en lo sucesivo REPUR), aterrizaron en el espacio judicial de algunos Estados miembros³⁰ para la regulación de las cuestiones de DIPr. suscitadas por las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y entre los miembros de las parejas registradas, deviniendo operativas sus normas a partir del 29 de enero de 2019.

27. Por lo que concierne a las cuestiones competenciales, se impone necesariamente atender a lo establecido en el Capítulo II de ambos Reglamentos (artículos 4 a 19), siendo las disposiciones contenidas en el mencionado Capítulo las que, de conformidad con lo establecido en el art. 69.1 de ambos instrumentos, deberán ser aplicadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para decidir si tienen o no competencia para conocer de aquellas demandas o solicitudes que, desde el 29 de enero de 2019, se puedan suscitar ante los mismos en relación con el régimen económico de un matrimonio o de una pareja registrada en una situación de tráfico externo.

28. El legislador europeo, en ambos Reglamentos, contempla foros de acumulación, basados en el principio de accesoriadad. Concretamente, el artículo 4 de ambos instrumentos prevé que el órgano jurisdiccional que esté conociendo de la sucesión de uno de los cónyuges o miembros de la unión registrada con base en lo dispuesto en el RES, será igualmente competente para resolver las cuestiones que sobre el régimen económico del matrimonio o de la unión registrada se pueda suscitar en conexión con la cuestión sucesoria. En este mismo sentido, hay que referir lo dispuesto en el artículo 5 de los dos textos, donde se establece que el órgano jurisdiccional que conozca de una demanda de divorcio, separación judicial o anulación de un matrimonio, viniendo fundada su competencia internacional en lo previsto en el Reglamento 2019/1111, al igual que aquél otro que, con fundamento en lo previsto en la legislación de DIPr. de su país, deba decidir sobre la disolución o anulación de una unión registrada, se reputarán igualmente competentes para conocer de aquellas cuestiones relativas al régimen económico del matrimonio o de la unión registrada que, en conexión con aquella primera cuestión, se puedan suscitar. Ahora bien, hay que tener presente que el legislador europeo, en determinadas situaciones, condiciona la operatividad del foro de accesoriadad del artículo 5 a la existencia de acuerdo entre las partes. El RREM, concretamente, requiere tal acuerdo en cuatro situaciones: 1^a) cuando el tribunal del Estado miembro que esté conociendo del divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio haya fundado su competencia internacional en el foro de la residencia habitual del demandante, bien durante seis meses o un año -en función de que el demandante ostente o no la nacionalidad del Estado del foro-; 2^a) cuando el tribunal en cuestión esté conociendo de la cuestión relativa a la crisis matrimonial con base en el foro de la nacionalidad común de los cónyuges al tiempo de la interposición de la demanda; 3^a) cuando el tribunal competente estuviere sustanciando la conversión de una separación judicial en divorcio, y 4^a) cuando el tribunal requerido se halle conociendo de la crisis por el foro residual del artículo 6 del Reglamento 2019/1111 (artículo 5.2). Por su parte, el artículo 5 del REPUR exige el acuerdo de las partes en todos los supuestos, considerándose en todos los casos necesaria la existencia de tal acuerdo para el órgano jurisdiccional que esté conociendo de la disolución o anulación de una unión registrada, pueda considerarse igualmente competente para conocer de las cuestiones relativas a los efectos patrimoniales de la unión que se susciten en conexión con aquel procedimiento.

Cuando la cuestión relativa al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de una unión registrada se suscite al margen de un proceso sucesorio o de un procedimiento de crisis matrimonial/disolución de unión registrada, al igual que en los casos en que los artículos 4 ó 5 de ambos

²⁸ *DOUE* núm. 159, de 16 de junio de 2016.

²⁹ *DOUE* núm. 183, de 8 de julio de 2016.

³⁰ Son instrumentos creados a través de cooperación reforzada, por lo que no resultan de aplicación en todos los Estados de la UE. Además de España, quedan vinculados por los mencionados instrumentos Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Chipre, Croacia, Eslovenia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y Suecia.

Reglamentos no atribuyan competencia a ningún tribunal de un Estado miembro, el legislador europeo, en el artículo 7 de ambos instrumentos, brinda a las partes la posibilidad de convenir, mediante escrito fechado y firmado por ambas partes, la atribución de competencia exclusiva a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley hayan podido elegir para regir sus relaciones patrimoniales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 o que, a falta de elección de ley, esté llamada a ser aplicada al régimen económico del matrimonio o de la unión registrada, a título de ley objetivamente aplicable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26.1 de ambos textos reglamentarios (en el caso del RREM, solo si se trata de la ley cuya aplicación venga reclamada por las letras a) o b) del citado precepto), contemplándose igualmente la posibilidad de que la sumisión se produzca a favor de los tribunales del Estado miembro en el que el matrimonio se hubiera celebrado (en el caso del RREM) o de aquél conforme a cuya ley la unión registrada hubiera sido creada (en el caso del REPUR). El artículo 8, por su parte, deja abierta la puerta a una eventual sumisión tácita, aunque solo en los casos de que esta última se produzca en favor de los tribunales del Estado miembro cuya ley esté llamada a ser aplicada a la cuestión del régimen económico del matrimonio o de la unión registrada en virtud de lo previsto en el artículo 22 ó 26.1 (en el caso del RREM, de nuevo solo si se trata de la ley cuya aplicación venga reclamada por las letras a) o b) del citado precepto). El juego de esta sumisión tácita, en el REPUR, se extiende a los supuestos a los que alude su artículo 5, donde, como se viera, la operatividad del foro de accesoriadad en él previsto se condiciona en todos los casos a la existencia de acuerdo entre las partes, mientras que, en el caso del RREM, la efectividad de la sumisión tácita en relación con los supuestos a los que alude el artículo 5 queda limitada a los casos en que, como se ha apuntado, el foro de accesoriadad previsto en el mencionado precepto queda condicionado a la existencia de acuerdo entre las partes, como son los previstos en el artículo 5.2.

A falta de sumisión expresa o tácita en los términos a los que se acaba de aludir, están llamados a entrar en juego los foros generales de competencia recogidos en el artículo 6 con carácter jerárquico. Concretamente, de conformidad con lo previsto en este último precepto, la competencia para conocer de las cuestiones relativas al régimen económico de un matrimonio o de una unión registrada vendrá atribuida, en primer lugar, a los tribunales del Estado miembro donde los cónyuges o miembros de la unión registrada tengan su residencia habitual común al tiempo de la interposición de la demanda; en su defecto, -esto es, de no atribuir competencia este primer foro a ningún tribunal de un Estado miembro-, la competencia corresponderá a los tribunales del Estado miembro donde los cónyuges o miembros de la unión registrada hubieran tenido su última residencia habitual, siempre y cuando al menos uno de ellos continúe residiendo allí en el momento de la interposición de la demanda; de no concurrir tampoco este foro en favor de ningún tribunal de un Estado miembro, se reputará competente el tribunal del Estado miembro en el que el demandado tenga su residencia habitual al tiempo de la demanda: cuando este tercer foro tampoco atribuya competencia a un tribunal de un Estado miembro, se reputará competente el tribunal del Estado miembro del que resulten ser nacionales los dos cónyuges o miembros de la unión registrada. El REPUR (que no así el RREM), a modo de cierre, y para el caso en que tampoco este último foro concorra a favor de un Estado miembro, prevé la competencia de los tribunales del Estado miembro conforme a cuya ley se hubiera creado la unión registrada.

Tanto el RREM como el REPUR, en su artículo 9, contemplan la posibilidad de que el órgano jurisdiccional del Estado miembro que resulte competente en virtud de lo dispuesto en los artículos 4, 6, 7 y 8, en el caso del RREM, o sobre la base de lo previsto en los artículos 4, 5 ó 6, letras a), b), c) o d), en el caso del REPUR, acabe inhibiéndose de considerar aquél que en su DIPr. no está reconocido el matrimonio al que se halle referida la cuestión ante el mismo planteada, o, de ser esta una cuestión relativa a los efectos patrimoniales de una unión registrada, de entender que esta última institución no se halla reconocida en su ordenamiento, previendo igualmente el citado precepto, que, de llegar a darse tal circunstancia, podrán conocer, a título alternativo, o los tribunales del Estado miembro al que las partes, una vez producida la inhibición, acuerden atribuir competencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7, o, de no alcanzar las partes tal acuerdo, los órganos jurisdiccionales de cualquier otro Estado miembro cuya competencia pueda venir atribuida en virtud de los artículos 6 u 8.

Cierran el sistema de foros previsto en ambos instrumentos los conocidos como foro subsidiario y foro de necesidad, foros estos que solo están llamados a intervenir en los casos en que ningún órgano

jurisdiccional de un Estado miembro resulte competente en virtud de ninguno de los preceptos antes mencionados. El primero de ellos (foro subsidiario) se halla previsto en el artículo 10, y permitiría conocer de la cuestión relativa al régimen económico del matrimonio o de la unión registrada a los tribunales de aquel o aquellos Estados miembros en cuyo territorio se localice algún bien inmueble de uno o ambos cónyuges o miembros de la unión registrada, si bien hay que tener presente que, en tal caso, al tribunal que resulte competente en base a este foro solo tendrá competencia para conocer del bien inmueble del que se trate. Y, de no concurrir tampoco en favor de los tribunales de un Estado miembro, podrá entrar en juego el *forum necessitatis* del artículo 11, foro este último que, para los supuestos en que la incoación de un procedimiento ante los tribunales del tercer Estado con el que el asunto presente una conexión estrecha resulte imposible o, de poder llegar a incoarse, aquél no se vaya a poder desarrollar razonablemente, otorga competencia, de forma excepcional, al órgano jurisdiccional del Estado miembro que considere que el asunto en cuestión guarda con su país una conexión suficiente.

29. Expuestos los foros recogidos en ambos Reglamentos, procede a continuación examinar la solución en ellos prevista en relación con la verificación de oficio de la competencia. Aunque, antes de entrar en el estudio de esta cuestión, debe necesariamente recordarse que, en España, además de ante las autoridades judiciales, las cuestiones relacionadas con los efectos patrimoniales de los matrimonios o de las uniones registradas se pueden asimismo suscitar ante autoridades no judiciales, como es el caso concretamente de los notarios, por lo que, al igual que se realizó anteriormente al abordar el régimen competencial previsto en el RES, en relación con las sucesiones, resulta ineludible preguntarse si, en nuestro país, el notario, cuando interviene en la tramitación de aquellos expedientes de jurisdicción voluntaria en los que nuestro legislador contempla su intervención, debe o no recibir la consideración de “órgano jurisdiccional”. Y ello en la medida en que el artículo 3.2 de ambos Reglamentos, como ya se observó que sucede en el artículo 3.2 del RES, acoge un concepto amplio de “órgano jurisdiccional”, en el que encuentran cabida, además de las autoridades judiciales de los Estados miembros, aquellas autoridades no judiciales y profesionales del Derecho que, en tales Estados, puedan estar llamados a intervenir en materia de régimen económico matrimonial o de efectos patrimoniales de uniones registradas, siempre y cuando aquéllas ejerzan funciones jurisdiccionales o actúen por delegación o bajo control de un juez.

30. La cuestión, concretamente, se plantea en relación con la intervención del notario español en el único expediente de jurisdicción voluntaria previsto en nuestra legislación referido al régimen económico del matrimonio en el que la intervención de aquél viene requerida, como es el previsto en el artículo 53 de la Ley del Notariado³¹ (en lo sucesivo LN) en relación con el acta de notoriedad para la constancia del régimen económico matrimonial³². Las diferencias doctrinales vuelven a aflorar en este tema, originando inconciliables opiniones. De un lado, una parte de la doctrina entiende que el notario, en la tramitación de este acta, no resuelve en virtud de su propia potestad ningún conflicto entre las partes, lo que impide su consideración como “órgano jurisdiccional” y, por ende, la aplicación por parte de aquél de las normas de competencia del RREM, debiendo el notario español, en los supuestos en los que su intervención sea requerida para tramitar un acta de esta naturaleza en un supuesto de tráfico externo decidir su competencia internacional sobre la base de lo dispuesto en el legislación estatal sobre competencia, en concreto en atención a los foros de competencia previstos en la LOPJ, a la que el notario debería acudir en cumplimiento de lo previsto en el artículo 9.1, apartado 2º, de la LJV³³. Y así

³¹ *Gaceta de Madrid* núm. 149, de 29 de mayo de 1862.

³² El interés de este acta radica en la obligatoriedad de inscribir en el Registro Civil, además del matrimonio, el régimen económico matrimonial al que queda sujeto el matrimonio, y ello tal como se deriva de lo dispuesto en el artículo 60.1 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Para más información sobre la actuación del notario español en la autorización del matrimonio *vid.* J.A., RUIZ DE LA HERMOSA GUTIÉRREZ/ D. LÓPEZ RIBAGORDA, “El notario en el nuevo modelo de Registro Civil. Procedimiento de autorización de matrimonio”, *Notario del Siglo XXI*, núm. 97, 2021, pp. 18-23, disponible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-97/10766-el-notario-en-el-nuevo-modelo-de-registro-civil-procedimiento-de-autorizacion-de-matrimonio> (último acceso 27/11/2022).

³³ A este respecto *vid.* R. RUEDA VALDIVIA, “El notario español ante la tramitación de actas de notoriedad para la constancia del régimen económico matrimonial legal en situaciones de tráfico externo: aspectos competenciales”, en R. RUEDA VALDIVIA (Dir.), *Nuevos horizontes del Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, (en prensa).

parece corroborarlo el hecho de que el Estado español, en la notificación que efectuara a la Comisión en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 65.1 del RREM³⁴, indicara que “*En España no existen autoridades con las características y alcance del artículo 3.2 en el ámbito de aplicación de este Reglamento*”. Sin embargo, otro sector de la doctrina considera que el notario español, cuanto interviene en este expediente, actúa como mero fedatario público, y, por ende, no queda sujeto a ningún tipo de norma de competencia³⁵.

31. Lejos de entrar en esta discusión doctrinal, emitiendo una opinión al respecto, parece que lo adecuado es pasar directamente al examen de cómo se ha de proceder en nuestro país al control de oficio de la competencia en las materias objeto del RREM y del REPUR en función de que la cuestión se suscite ante una autoridad judicial o ante una autoridad no judicial, como es el caso de los notarios.

- 1) De plantearse una demanda o una solicitud referida al régimen económico de un matrimonio o de una unión registrada ante una autoridad judicial (siempre, claro está, que en el asunto planteado quepa advertir la presencia de elementos extranjeros) y encontrarse esta última en la imposibilidad de fundar su competencia en ninguno de los foros arriba expuestos, la autoridad en cuestión se verá en la obligación de declararse incompetente de oficio a través del artículo 15 del RREM o del REPUR. Este mismo sería el cauce a través del cual debería el notario declararse incompetente de oficio de entenderse que este último, en la tramitación del acta del artículo 53 de la LN, interviene con la consideración de “órgano jurisdiccional”.
- 2) Distinto sería el fundamento de la declaración de incompetencia por parte del notario si, como entiende parte de la doctrina, se considera que aquél, al tramitar el acta señalada, no interviene como “órgano jurisdiccional” y, consecuentemente, no queda vinculado, ni positiva ni negativamente, por las reglas de competencia examinadas a nivel institucional. En tal caso, como ya se ha apuntado, el notario únicamente podrá valerse de la normativa interna sobre competencia internacional, en concreto de la prevista en la LOPJ, a la que se remite el apartado 2º del artículo 9.1 de la LJV (no se olvide que, como se ya refiriera *supra*, la rúbrica que lleva el Título I de la LJV permite defender una interpretación amplia del término “órganos judiciales” empleado por este texto legal, incluyendo bajo dicho término a todas aquellas autoridades no judiciales a las que el legislador español encomienda la tramitación de cualquiera de los expedientes de jurisdicción voluntaria regulados en la citada Ley). De ahí que el notario al que se recurra para la tramitación de un acta de notoriedad para la constancia del régimen económico matrimonial legal, de constatar que no concurre a su favor ninguno de los foros previstos en la LOPJ, sólo podrá declarar de oficio su incompetencia sobre la base de lo dispuesto en el artículo 22 octies. 3, 1º de la LOPJ.

4. El Reglamento 2019/1111

32. 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 menores³⁶, también conocido como Bruselas II ter, ha venido a sustituir desde el 1 de agosto de 2022, fecha de entrada en funcionamiento de sus normas, a su predecesor, el Reglamento Bruselas II bis³⁷. De hecho, de conformidad con lo previsto en su artículo

³⁴ Acceso a la notificación referida: https://e-justice.europa.eu/559/ES/matters_of_matrimonial_property_regimes?SPAIN&member=1 (último acceso 27/11/2022).

³⁵ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos. Un estudio del Reglamento (UE) nº 2016/1103*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 356 y 388.

³⁶ DOUE núm. 178, de 2 de julio de 2019.

³⁷ Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000. DOUE núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

110, sus disposiciones sobre competencia, contenidas en su Capítulo II, serán las que estén llamadas a ser aplicadas a todos aquellos procedimientos que se inicien a partir de la fecha en cuestión.

33. La Sección 1º del Capítulo II del nuevo Reglamento será la que habrán de aplicar los órganos jurisdiccionales españoles cuando ante los mismos se formule una demanda o solicitud de divorcio, separación legal o nulidad matrimonial, debiéndose recordar que, en atención a lo dispuesto en el artículo 2.2.1) del Reglamento, bajo el término “órgano jurisdiccional”, deben considerarse incluidas todas aquellas autoridades que en nuestro país tienen competencia en materia de crisis matrimoniales, como son, además de las autoridades judiciales, los letrados de la Administración de Justicia y los notarios (autoridades estas dos últimas, debemos recordar, cuya intervención queda permitida en el caso de las separaciones y los divorcios de mutuo acuerdo cuando no existan hijos menores hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores).

34. Esta primera Sección comienza con el artículo 3, donde el legislador europeo establece 7 foros de competencia general de carácter alternativo.

En primer lugar, podrán ser competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se encuentre la residencia habitual de los cónyuges al tiempo de la presentación de la demanda.

En segundo lugar, y para el caso en que los cónyuges no tengan residencia habitual común en un mismo Estado miembro en el momento de la demanda, se considerarán asimismo competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde aquéllos hubieran tenido su última residencia habitual común, siempre y cuando cuando al menos uno de ellos siga residiendo en dicho país.

En tercer término, y para los supuestos en que el procedimiento de crisis matrimonial presente carácter contencioso, se reputarán igualmente competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el demandado tenga su residencia habitual al tiempo de la formulación de la demanda.

En cuarto lugar, y en relación con aquellos casos en que la demanda sea presente de forma conjunta por ambos cónyuges, el legislador europeo prevé la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde, al tiempo de la demanda, se encuentre la residencia habitual de cualquiera de ellos.

Asimismo, y con el fin de facilitar la presentación de la demanda por parte del demandante en los supuestos de procedimientos contenciosos, se prevé igualmente la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el demandante tenga su residencia habitual, exigiéndose, eso sí, un período de residencia mínimo por parte del demandante en dicho país para que se produzca la atribución de competencia a sus tribunales, período que, en función de que el demandante ostente o no la nacionalidad del país donde, al tiempo de la demanda, tenga aquél su residencia, deberá ser de seis meses o un año, y, en todo caso, inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda.

Finalmente, el legislador europeo atribuye asimismo competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya nacionalidad ostenten ambos cónyuges, sin más requisito establecido.

35. El artículo 4, referido a las demandas reconventionales, otorga competencia para conocer de estas últimas a los mismos tribunales que, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 3, conozcan de la demanda principal, regulando el artículo 5 la conversión de la separación judicial en divorcio, situación esta para la que prevé que los interesados, además de ante de los órganos jurisdiccionales designados en el artículo 3, podrán igualmente recurrir a tal efecto al órgano jurisdiccional del Estado miembro que hubiere dictado la resolución sobre separación judicial, pero siempre y cuando la legislación de dicho Estado miembro así lo permita.

36. El legislador, en todo caso, atribuye distinto valor a los foros a los que se acaba de hacer referencia en función de que concurra o no una concreta circunstancia, como es la de que el cónyuge demandado, al tiempo de la demanda, ostente la nacionalidad de, o resida habitualmente en un Estado miembro del Reglamento. Concretamente, para los casos en que se dé alguna de estas dos circunstancias, el apartado 2º del artículo 6 dispone que el cónyuge demandado solo podrá ser requerido ante los tribunales de otro Estado miembro que pueda fundar su competencia en los artículos 3 a 5, quedando

descartada la posibilidad de que el tribunal requerido recurra a cualquier otro criterio atributivo de competencia, sea del sistema convencional o autónomo, para fundamentar su competencia. Pero ello no será así, sin embargo, en los casos en que en el cónyuge demandado no concurra ninguna de las dos mencionadas circunstancias, ya que, para tales supuestos, el Reglamento Bruselas II ter, en el apartado 1º del artículo 6, deja abierta la puerta para que el órgano jurisdiccional ante el que se formule de la demanda, de no encontrar fundamento a su competencia en lo dispuesto en los artículos 3 a 5, ni atribuir tampoco esta competencia a las autoridades de ningún otro Estado miembro, pueda recurrir a la legislación interna de su país a efectos de poder fundar su competencia internacional.

37. El Capítulo II del Reglamento, en su Sección 2, regula la competencia en asuntos relacionados con la responsabilidad parental, debiéndose tener presente que, también a los efectos de esta Sección, el término “órgano jurisdiccional”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.1), debe ser entendido de forma amplio, englobando en el mismo, además de a las autoridades judiciales de nuestro país, a aquellas autoridades administrativas a las que viene encomendada la adopción de medidas de protección respecto de los menores. Sucintamente pasamos a exponer los foros que componen esta sección.

- 1) El primero de los foros de esta Sección es el del artículo 7, que se configura como foro general, atribuye competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenga su residencia habitual en el momento en que se acuda a aquéllos.
- 2) El artículo 8 viene a establecer una excepción al juego del foro del artículo 7, al disponer que, en los supuestos en que se pretenda la modificación de una resolución sobre derecho de visita dictada en un Estado miembro, de haberse producido un cambio legal en la residencia habitual del menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se hubiera dictado la resolución durante conservarán durante los tres meses siguientes al cambio de residencia habitual del menor la competencia para acordar la modificación pretendida, siempre y cuando la persona a la que se hubiera concedido el derecho de visita continúe residiendo allí.
- 3) El artículo 9, que tiene por misión ordenar la competencia en casos de traslado o retención ilícitos de un menor, viene a suponer igualmente una excepción a la regla general del artículo 7. Para tales situaciones, el legislador prevé que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos seguirán conservando su competencia para conocer de las cuestiones relativas a la responsabilidad parental respecto al menor, y no la perderán hasta que el menor adquiera su residencia habitual en otro Estado miembro y concurra alguna de las circunstancias previstas por el legislador en las letras a) o b) del mencionado precepto³⁸.
- 4) El Reglamento Bruselas II ter, en su artículo 10, prevé la posibilidad de que la cuestión relativa a la responsabilidad parental respecto al menor se suscite ante los órganos jurisdiccionales de cualquier un Estado miembro distinto de aquél donde el menor tenga su residencia habitual, aunque tal posibilidad queda limitada, ya que, por una parte, solo se prevé en favor de los órganos jurisdiccionales de aquel o aquellos Estados miembros con los que el menor se encuentre estrechamente vinculado (circunstancia que el legislador europeo considera concurrente en el caso del Estado donde al menos uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga su residencia habitual, de aquél donde el menor hubiera tenido su antigua residencia habitual, o de aquél otro cuya nacionalidad ostente el menor), exigiéndose además la existencia de un acuerdo atributivo de competencia por parte de los cónyuges, acuerdo este último que podrán los cónyuges alcanzar en cualquier momento previo a la presentación del asunto ante el órgano jurisdiccional, incluso en el momento mismo de la presentación del asunto, contemplándose asimismo la posibilidad de que se produzca una aceptación expresa de la competencia del tribunal requerido durante la sustanciación misma del procedimiento. En cualquier caso, la operatividad de este foro queda condicionada al hecho de que el ejerci-

³⁸ Las exigencias de brevedad reglada impiden enumerar estas condiciones.

cio de la competencia por parte del órgano jurisdiccional al que las partes se hayan sometido responda al interés superior del menor.

- 5) El artículo 11 se halla referido a los supuestos en que no pueda determinarse la residencia habitual del menor y no quepa tampoco atribuir competencia a ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro en virtud de lo establecido en el artículo 10, disponiendo que, en tales situaciones, se reputarán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor esté presente. Este foro, conocido como foro de la presencia del menor, será asimismo el que habrá de ser aplicado en los casos en que la cuestión relativa a la responsabilidad parental venga referida a menores refugiados o a los desplazados internacionalmente a causa de disturbios ocurridos en su Estado de residencia habitual, tal como prevé el segundo apartado de este precepto.
- 6) El artículo 12 contempla la posibilidad de que el tribunal cuya competencia venga establecida por cualquiera de los foros ya mencionados, sea a instancia de parte o de oficio, remita el conocimiento del asunto a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga vinculación estrecha (vinculación que se considerará existente en los supuestos mencionados en el apartado cuarto de este precepto), de considerar aquél que este último órgano jurisdiccional se encuentra en mejor situación para valorar el interés superior del menor. El legislador, igualmente, prevé la posibilidad de que la remisión del asunto a este último órgano jurisdiccional se produzca a solicitud o instancia de este último (artículo 13).
- 7) El abanico de foros previstos en la Sección 2 del Capítulo II se cierra con el artículo 14, que lleva por rúbrica “Competencia residual”. Según este precepto, cuando ninguno de los foros anteriores concurra a favor de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, el tribunal ante el que se someta el asunto tendrá luz verde para acudir, a efectos de buscar fundamento a su competencia, a las disposiciones de su sistema autónomo de competencia internacional.

38. Expuestos los foros previstos en el Reglamento Bruselas II ter en materia de responsabilidad parental, no podemos dejar de recordar que aquél, en esta precisa materia, puede entrar en colisión con las disposiciones 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 niños³⁹ (en lo sucesivo CLH 1996), convenio que dedica asimismo su Capítulo II a la regulación de la competencia internacional en las materias incluidas en su ámbito de aplicación. Y en este punto hay que atender a lo dispuesto en el artículo 97.1 a) del Reglamento Bruselas II ter, donde se regula precisamente la relación entre este último instrumento y el ya referido CLH 1996, del que forman parte todos los Estados de la UE, siendo aquél un precepto de cuya lectura bien se puede inferir que, en los supuestos en los que el menor tenga su residencia habitual en un tercer Estado miembro del Convenio, deberán ser las normas sobre competencia previstas en este último (normas que, de hecho, guardan gran similitud con las contenidas en la Sección 2 del Capítulo II del Reglamento) las que habrán de ser aplicadas. Queda, no obstante, en el aire la cuestión de saber qué instrumento, de los dos, será el que esté llamado a ser aplicado en los casos en que el menor tenga su residencia habitual en un tercer Estado no perteneciente al CLH 1996, siendo esta una cuestión respecto a la que existen planteamientos dispares, ya que hay quien considera que deberá ser el CLH 1996 el que resulte aplicable, mientras que, para otros, no hay duda de que ha de ser el Reglamento el que debe recibir aplicación, siendo este último el planteamiento con el que nos alineamos.

39. Llegados a este punto, procede analizar cuál es la normativa a la que deberá atender un órgano jurisdiccional español cuando, suscitada ante el mismo una crisis matrimonial o una cuestión relativa a la responsabilidad parental respecto a un menor, en cualquier situación de tráfico externo, constate la imposibilidad de fundar su competencia internacional en ninguno de los foros previstos en la legislación que, en el caso particular, esté llamada a ser aplicada por aquél para decidir su competencia. A este respecto, se impone necesariamente distinguir varias situaciones.

³⁹ BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

- 1) Cuando ante un tribunal español se plantee un asunto sobre el que no pueda aquél reputarse competente a la luz de las normas sobre competencia del Reglamento Bruselas II ter (ya se trate de las normas de la Sección 1 o de la Sección 2 del Capítulo II, en función de que el asunto suscitado sea una crisis matrimonial o una cuestión de responsabilidad parental), pero se dé la circunstancia de que estas últimas sí atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro, el órgano jurisdiccional español habrá de declararse incompetente de oficio en base a lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento.
- 2) En el supuesto de que ante un tribunal español se suscite un asunto para el que, de conformidad con lo previsto en el Reglamento Bruselas II ter, aquél carezca de competencia internacional, no pudiéndose tampoco predicar la competencia, con base a las disposiciones del referido Reglamento, de los tribunales de ningún otro Estado miembro, el tribunal español, una vez descartada también su competencia con arreglo al sistema estatal de competencia internacional cuya consulta haya llevado a cabo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.1 o 14 del Reglamento (en función de que el asunto suscitado ante el órgano jurisdiccional de nuestro país sea una crisis matrimonial o una cuestión relativa a la responsabilidad parental sobre un menor), ante la imposibilidad de recurrir al artículo 18 del Reglamento para fundamentar su declaración de incompetencia de oficio, dada la literalidad que este último presenta, se verá abocado a recurrir a las normas sobre verificación de la competencia del sistema autónomo. Esto es, deberá invocar el artículo 22 octies.3, 1º de la LOPJ, precepto que, en el caso de las autoridades judiciales, será preciso poner en relación con lo dispuesto en los artículos 36 y 38 de la LEC.
- 3) Si, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Reglamento, es el CLH 1996 el que está llamado a ser aplicado para decidir la competencia del tribunal español ante el que se suscite una cuestión relativa a la responsabilidad parental de un menor, y aquél constata que le es imposible encontrar fundamento a su competencia en ninguno de los foros previstos en el mencionado instrumento, la declaración de incompetencia de oficio por parte de la autoridad española debería en principio llevarse a cabo con base a lo dispuesto en el propio Convenio, a menos, obviamente, que no existan en este último disposiciones en tal sentido. De hecho, es esto precisamente lo que sucede, pues el Capítulo II del CLH 1996 no contiene norma alguna dedicada a la verificación de la competencia, lo que obligará a la autoridad española ante la que se suscite el asunto a fundar su declaración de incompetencia de oficio recurriendo a tal efecto al sistema autónomo. Esto es, deberá hacer valer lo dispuesto en el artículo 22 octies.3, 1º de la LOPJ, en relación con lo previsto en los artículos 36 y 38 de la LEC, de tratarse de una autoridad judicial.

III. Examen de oficio de la competencia al hilo de la stjue de 7 de abril de 2022

1. Hechos del caso, cuestión prejudicial y respuesta del TJUE

40. El 7 de abril de 2022 el TJUE hizo pública su sentencia sobre el asunto C-645/20⁴⁰, que tuvo por objeto una cuestión prejudicial planteada por la *Cour de cassation* francesa, en la que el alto tribunal europeo hubo de pronunciarse sobre el examen de oficio de la competencia respecto del artículo 10 del RES.

41. De los hechos del caso se sabe que XA, nacional francés y residente en Reino Unido, contrajo matrimonio en 1996 con TP, nacional británica. En agosto de 2012 regresó a Francia, por motivos de salud, para vivir en un apartamento adquirido meses antes bajo el cuidado de uno de sus hijos. En septiembre de 2015, XA falleció finalmente en Francia, dejando tres hijos de una primera unión, y a TP, la cónyuge que lo sobrevive.

⁴⁰ STJUE 7 de abril de 2022, C-645/20, ECLI:EU:C:2022:267.

42. Surgidas desavenencias entre los herederos, los hijos deciden plantear demanda contra TP ante el *Tribunal de grande instance* de Nanterre, al considerarlo competente en virtud del artículo 4 del RES, instando el nombramiento de un administrador de la herencia para la totalidad del proceso sucesorio. Este tribunal se declara competente para conocer del caso mediante auto de fecha 12 de diciembre de 2017, en el que también se pronuncia sobre medidas provisionales. Y, entendiéndose competente, nombra un administrador de la herencia.

43. Sorpresivamente, la *Cour d'appel* de Versailles revoca el auto de instancia en febrero de 2019, negando abiertamente la competencia del tribunal francés en base al artículo 4 del RES, al asegurar que la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento no se encontraba en Francia, sino en Reino Unido. Ante tales circunstancias, los demandantes deciden interponer recurso de casación contra la resolución judicial ante la *Cour de cassation*.

44. Enfrascados en el proceso judicial, los demandantes alegan que el Tribunal de Apelación olvida que el Tribunal de Nanterre podía ver fundada su competencia subsidiariamente en el artículo 10 del RES, toda vez que había quedado acreditada la existencia de bienes del *de cuius* en Francia, dándose, además, la circunstancia de que XA era nacional francés. A lo anterior, la *Cour de cassation* responde que los demandantes no alegaron tal extremo ante el Tribunal de Apelación, a lo que añade que la norma sobre comprobación de la competencia del artículo 15 del RES no señala si el examen de los foros del Reglamento es una cuestión preceptiva o facultativa del tribunal requerido.

45. La *Cour*, por un lado, señala que si la aplicación del RES deviene obligatoria cuando el asunto queda incluido en su ámbito material, no sería lógico que el tribunal de un Estado miembro requerido para conocer se declarase incompetente en favor de un tercer Estado sin comprobar previamente su posible competencia subsidiaria en base al artículo 10. De ahí que considere más razonable procurar la revisión de oficio de todos los foros del RES. Sin embargo, por otro lado, entiende que la aplicación del criterio del artículo 10 presenta carácter subsidiario y, eventualmente, puede suponer una quiebra del principio de unidad del Reglamento, puesto que el tribunal requerido deberá aplicar la ley de la residencia habitual del causante al tiempo del fallecimiento, la ley por aquél elegida de haber hecho uso de la *professio iuris*, o la del Estado miembro con el que el causante se encontrase más vinculado en el momento del fallecimiento. Con este razonamiento, la *Cour* admite albergar dudas sobre el hecho de que un foro subsidiario deba ser aplicado obligatoriamente -inclusive si las partes no la han invocado-. En la última de sus reflexiones da a entender que el artículo 15, que lleva por título “Comprobación de la competencia”, obliga a declararse incompetente de oficio al tribunal que no halle fundada su competencia en las normas del RES, pero nada refiere, ni este ni ningún otro precepto, sobre la obligación de comprobar de oficio su competencia.

46. Planteados los hechos y expuestas las dudas, la *Cour* plantea al TJUE la siguiente cuestión prejudicial: “¿Deben interpretarse las disposiciones del artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento 650/2012 en el sentido de que, cuando el causante no tenga su residencia habitual en un Estado miembro en el momento del fallecimiento, el tribunal de un Estado miembro que compruebe que dicho causante no había establecido su residencia habitual en ese Estado miembro, pero tenía la nacionalidad de dicho Estado y era propietario de bienes situados en él, debe determinar de oficio su competencia subsidiaria, establecida en dicho texto?”

Más sencillamente, la duda es la siguiente: el tribunal al que se le requiere para conocer de un asunto a la luz del artículo 4 del RES, pero que finalmente no pueda ser competente por dicho foro, ¿debe comprobar de oficio la viabilidad de fundar su competencia en el artículo 10 (competencia subsidiaria)?

47. El TJUE comienza su relato recordando que Reino Unido decidió no participar en la adopción del RES por lo que no queda vinculado por sus normas, pese a que en 2015 era un Estado miembro de la UE. Añade, además, que el artículo 10 podrá ser aplicable cuando la residencia habitual del causante se encuentre en un Estado no vinculado por el RES. Igualmente, el TJUE plantea la pregunta

del órgano remitente, de manera que se cuestiona: ¿un tribunal puede declararse incompetente de oficio cuando sea requerido para conocer de un litigio sobre la base del artículo 4, o debe examinar de oficio si es competente por el artículo 10.1 letra a)?

48. Sobre la respuesta a la cuestión prejudicial, en primer lugar, el TJUE no olvida que existen dos requisitos para que la aplicabilidad de este precepto sea efectiva: 1) que existan bienes del causante en un Estado miembro; y 2) que el *de cuius* sea nacional de ese Estado miembro en el momento del fallecimiento o que hubiera tenido previamente su residencia en dicho Estado miembro, siempre que, en el momento en que se inició la acción no hubiesen transcurrido 5 años desde el cambio de residencia.

En segundo lugar, posicionándose de forma paralela a como lo hace el Abogado General, indica que la literalidad del artículo no puede interpretarse que sea necesaria la invocación a instancia de parte para que un tribunal pueda ser competente por este foro, aun cuando sea subsidiario. Es más, y también en línea con el Abogado general, señala que la expresión “*serán competentes*” puede dotar a este criterio de competencia de carácter obligatorio en cuanto a su examen.

En tercer lugar, el TJUE pone de manifiesto que no existe entre los foros del artículo 4 y del artículo 10 relación de jerarquía y ello sobre la base de varias razones:

- 1) El espíritu del RES es garantizar que todos los tribunales de los Estados miembros puedan aplicar uniformemente sus reglas de competencia en materia sucesoria cuando el causante no resida habitualmente en un Estado miembro⁴¹.
- 2) Cada uno de estos foros regula situaciones distintas. Aunque la competencia del artículo 10 sea subsidiaria, ello no implica necesariamente que sea menos vinculante que la competencia general.

En cuarto lugar, expone que la expresión “*aun en el supuesto*”, presente al inicio del artículo 10.1, prueba que este foro es “equivalente y complementario” al foro general de la residencia habitual del causante, por lo que, si no fuese posible fijar la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento en un Estado miembro, habrá que atender a lo dispuesto en el artículo 10.1 y comprobar su aplicabilidad. Inclusive, el alto Tribunal pone en relación este razonamiento con la libre circulación de personas que deseen hacer valer sus derechos en sucesiones transfronterizas en el espacio de libertad y justicia de la UE (Considerando 7^o⁴²).

El TJUE, en quinto lugar, declara que el artículo 10 ofrece garantías que, luchando contra la denegación de justicia, permiten el acceso a la justicia del círculo social y familiar más íntimo del causante. Otro de los objetivos principales del RES es lidiar con la fragmentación de la sucesión a través del principio de la unidad, por lo que cualquier interpretación de las disposiciones que suponga una quiebra a este principio será incompatible con los fines del Reglamento. Según el fallo del TJUE, el artículo 10 contribuye al tratamiento unitario de la sucesión, pues el tribunal que conozca lo hará sobre la totalidad de la sucesión.

En sexto lugar, el alto Tribunal europeo crea una relación de dependencia entre la buena administración de la justicia y el examen de oficio de las reglas de competencia judicial internacional en materia de sucesiones *mortis causa* del RES⁴³. De esta forma, resulta obligatorio para el tribunal requerido comprobar si alguna de las normas del RES le atribuye competencia, incluido el foro de competencia subsidiaria del artículo 10, sin que ello dependa de la invocación de las partes.

⁴¹ Y ello a tenor de lo dispuesto en el Considerando 30^o: “*Con vistas a garantizar que los tribunales de todos los Estados miembros puedan, por los mismos motivos, ejercer la competencia en materia sucesoria cuando el causante no resida habitualmente en ninguno de ellos en el momento de su fallecimiento, el presente Reglamento debe enumerar de manera exhaustiva, por orden jerárquico, los motivos por los que se puede ejercer la competencia subsidiaria.*”

⁴² Tal como preceptúa el Considerando 7^o: “*Conviene facilitar el buen funcionamiento del mercado interior suprimiendo los obstáculos a la libre circulación de aquellas personas que actualmente encuentran dificultades a la hora de ejercer sus derechos en situaciones de sucesión mortis causa con repercusiones transfronterizas. En el espacio europeo de justicia, es imperativo que los ciudadanos puedan organizar su sucesión. Es preciso garantizar de manera eficaz los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al causante, así como de los acreedores de la herencia.*”

⁴³ Así lo indica el TJUE en los apartados 39 y 40 de la sentencia. *Vid.* igualmente la jurisprudencia allí citada.

Finalmente, en último lugar, el TJUE vuelve a citar al Abogado General para sostener que, aunque el artículo 10 no inste literalmente al tribunal a examinar los foros del RES para declarar su competencia, el artículo 15 sí que exige que se verifique su competencia a la luz de todos los hechos que conozca -y no teniendo en cuenta exclusivamente el foro por el que los interesados lo hayan requerido-.

2. Algunas consideraciones al respecto

49. Siendo cierto que el TJUE responde a la cuestión prejudicial de forma inusitadamente clara, y disipa las dudas del órgano jurisdiccional remitente, son varias las reflexiones que cabe efectuar al hilo del fallo, como, por ejemplo, en relación con la residencia habitual del causante en el caso concreto, la errónea redacción del primer inciso del artículo 10.1 del RES en su versión española o sobre el fallo en sí mismo.

50. Respecto a la residencia habitual del causante en el supuesto de autos, cabe preguntarse, al menos, si los tribunales que conocieron del proceso sucesorio de XA fijaron adecuadamente el lugar de su residencia habitual al momento de fallecer. Aunque la sentencia del TJUE no contiene una relación detallada de los supuestos fácticos del caso y, por tanto, no se tiene acceso a una visión completa del caso, sí que resulta extraño el que se fije la residencia habitual del causante en Reino Unido y no en Francia. Ha de tenerse en cuenta que XA dejó Reino Unido en el año 2012 para trasladarse a Francia y ser cuidado por su hijo en un apartamento del cual XA era propietario. Estos datos, que se extraen de la sentencia, parecen conducir a la conclusión de que la última residencia habitual de XA se encontraba en Francia, toda vez que: 1) los tres últimos años de su vida los pasó en Francia; 2) todo parece indicar que sus tres hijos vivían Francia, pues los tres plantearon demanda conjuntamente ante los tribunales de Nanterre (con toda seguridad, uno de ellos residía en Francia); 3) el apartamento no es el único bien que posee en su país natal, dado que el apartado 13 *in fine* de la sentencia señala: “XA poseía bienes de la herencia en Francia”; 4) su nacionalidad era la francesa⁴⁴.

51. Si, como indica el Considerando 24º, la residencia habitual estará situada en el centro de interés de su familia y de su vida social, todo apunta (al menos a la luz de los datos que se conocen por la STJUE) que el círculo social y familiar de XA, al tiempo de su fallecimiento, se encuentra en Francia, habida cuenta de que gran parte de su familia vive en dicho país, existen bienes de la herencia en su territorio y, además, se tiene constancia de que el causante decidió abandonar Reino Unido para regresar a su país de nacimiento y ser atendido de la enfermedad que venía sufriendo. En consecuencia, no parece descabellado, cuando menos, preguntarse si la residencia habitual de XA no se encontraba en Francia. No obstante, un examen detenido de todas las circunstancias y hechos del caso sin duda llevaría a despejar cualquier tipo de duda y evitar conjeturas.

52. Las traducciones erróneas -o si se prefiere poco precisas- en las versiones oficiales de las normas pueden llegar a ser fatales para el espíritu y los objetivos del instrumento jurídico en cuestión, restándole coherencia al texto y, en muchas ocasiones, comprensibilidad⁴⁵.

53. En este sentido, la versión en español del RES no ha sido la excepción que se esperaba. Así, el artículo 10.1 comienza con la expresión “*Aun en el supuesto*”, quizá para poner a prueba la comprensión lectora de todo aquél -o quizá únicamente del autor de este artículo- que decida observar la literalidad del precepto. Puede que, tras repetidas y detenidas lecturas, se descifre qué significa “*Aun*

⁴⁴ Y ello, *a priori*, podría parecer no tener ningún tipo de relevancia, pero tal como manifiesta el Considerando 24º la nacionalidad puede “*constituir un factor especial en la evaluación general de todas las circunstancias objetivas.*”

⁴⁵ Sobre esta cuestión puede verse, en su totalidad, a F. GARAU SOBRINO, “Dichas y desventuras de las versiones oficiales en español de las normas de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado” en R. RUEDA VALDIVIA (Dir.), *Nuevos horizontes del Derecho internacional privado...*, *op. cit.* (en prensa).

en el supuesto”, pero lo que está claro es que resulta difícil de entender por qué se optó en la versión española por la utilización de esta última expresión cuando lo fácil -y lo correcto- habría sido el empleo del término “cuando” o “no obstante”.

54. La sorpresa se presenta tanto mayor para quien decida revisar cómo han sido las traducciones que de este precepto han llevado a cabo los homólogos europeos a sus respectivas lenguas. Ejemplificativamente, la versión inglesa decide utilizar el término “*nevertheless*”, cuya traducción al español, entre otras, es “no obstante”. Los colegas franceses decidieron usar la expresión “*néanmoins*”, que significa “sin embargo” o “no obstante”. Los traductores oficiales de la República de Italia emplearon la palabra “*qualora*”, que se traduce como “siempre que”. El país con el que España comparte su mayor frontera terrestre, esto es, Portugal, optó por el empleo de la expresión “*sempre que*”, que no resulta necesario traducir por su similitud al español.

55. Las redacciones oscuras, indescifrables o difícilmente inteligibles se reservan, en realidad, al desconocimiento y a la mediocridad. Quizá en este momento sería adecuado recordar que en la sencillez y en la naturalidad se encuentra, en no pocas ocasiones, la –tan buscada- virtud.

56. Sobre el fallo en general bien poco se puede añadir, si acaso alguna leve crítica a la *Cour*, que podría haber resuelto esta cuestión sin elevarla a la más alta instancia judicial de la UE. Es verdad que el RES asumió la complejísima labor de ser un instrumento jurídico de la UE que regulase la competencia judicial internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones en el abstruso ámbito de las sucesiones internacionales, y que añadió la creación de un certificado sucesorio. El sistema de competencia judicial, que ya ha sido analizado en su correspondiente apartado, puede resultar algo laberíntico, pero de ninguno de sus preceptos se entiende que un tribunal que haya sido requerido para conocer de un asunto pueda declararse incompetente sin haber comprobado la falta de concurrencia de los distintos foros del RES.

57. De una lectura pausada y sosegada brotan claros indicios sobre la obligatoriedad de verificar de oficio todos los foros del Reglamento. De un lado, el propio artículo 10 -al igual que el resto de criterios- recoge la obligatoriedad de comprobar los foros de competencia del RES cuando refiere: “*serán competentes*”. El legislador europeo decidió usar el imperativo para designar su competencia, sin recurrir a la común expresión: “*podrán ser competentes*” que no garantizaría tal obligatoriedad.

58. Otro de los indicios se encuentra en el artículo 15, cuando preceptúa: “*El tribunal de un Estado miembro requerido para conocer de un asunto relativo a una sucesión mortis causa para el cual no sea competente*”. Parece claro que la frase “*para el cual no sea competente*” refuerza la obligación de verificar de oficio las reglas de competencia. De lo contrario, ¿de qué manera puede saber el tribunal requerido si es competente o no, si no ha examinado todos los criterios en los que podría fundar la competencia?

IV. Conclusiones

59. A la vista del estudio realizado y de todos los razonamientos que se han efectuado, varias son las conclusiones que cabe extraer:

- 1) El estudio del control de la competencia en los Reglamentos Bruselas III, RES, RREM, REPUR y Reglamento Bruselas II ter ha evidenciado la existencia de cierta disparidad normativa y procedimental a la hora de disponer la obligación de un tribunal declararse incompetente de oficio.
 - En el caso de Bruselas III, cuando se trate de un órgano jurisdiccional y el asunto quede delimitado exclusivamente en el Reglamento, se utilizará su artículo 10. Distinto será

el caso en que Bruselas III ceda en favor del Convenio bilateral con Uruguay o con el Salvador. Cuando resulte de aplicación el Convenio con Uruguay, el tribunal español que hubiese sido requerido para conocer del supuesto, y no encontrare fundamento para su competencia en las normas contenidas en el mencionado instrumento, habrá de declararse incompetente de oficio mediante el recurso a las normas sobre verificación de la competencia del sistema autónomo español, dada la inexistencia de normas sobre el control de la competencia en referido Convenio. Y en el supuesto de que el instrumento llamado a ser aplicado para decidir la competencia del juez español sea el Convenio con El Salvador, de constatar aquél que su competencia no queda asegurada por ninguna de sus disposiciones, la declaración de incompetencia de oficio a la que el juez requerido habrá de proceder se habrá de llevar a cabo con invocación de lo dispuesto en el artículo 6 del propio texto convencional, sin que sea necesario en este caso el recurso al sistema de competencia interno -lo que prueba la mayor calidad jurídico-técnica de este Convenio respecto del acordado con Uruguay.

- Por lo que concierne al RES, que goza de cierta especialidad por cuanto que, en España, al igual que en otros Estados miembros, los notarios tienen asignado un rol esencial en las sucesiones *mortis causa*, la verificación de la competencia viene establecida en el artículo 15. Este precepto será el llamado a ser utilizado por parte de las autoridades judiciales a las que se acuda para el planteamiento de un pleito sucesorio, de comprobar aquéllas que en su favor no concurre ninguno de los foros previstos en el RES. Y este mismo será este el precepto que habrán de invocar los notarios españoles a los que se recurra para la tramitación de cualquier expediente sucesorio de jurisdicción voluntaria de considerarse que su intervención en el expediente en cuestión se lleva a cabo bajo la condición de “tribunal”, por entender que, en dicho expediente, el notario interviene concurriendo en él las condiciones a las que se refiere el RES en su artículo 3.2, debiéndose recordar que la consideración del notario español como tribunal continua siendo una cuestión abierta y sometida a debate, sobre la que siguen aportándose reflexiones doctrinales, a la espera de una resolución del TJUE o de algún criterio clarificador que arroje luz sobre la cuestión.

Para aquellos supuestos en los que el notario no ejerza funciones jurisdiccionales y, por tanto, no quede vinculado por las reglas de competencia del RES, devendrán aplicables por parte de aquél las normas de competencia internacional de origen interno, contenida en la LOPJ, siendo asimismo la norma sobre verificación de la competencia previstas en la citada Ley la llamada a ser invocada por parte del notario al que se acuda para la tramitación de un expediente sucesorio, de comprobar aquél su falta de competencia internacional.

Situación similar a la expuesta es la que se plantea en relación con los procedimientos relativos a cuestiones sobre régimen económico matrimonial o a efectos patrimoniales de uniones registradas, y en los que, desde el 29 de enero de 2019, están llamadas a ser aplicadas las normas competencia contenidas en el RREM o en el REPUR. Y ello por cuanto, al igual que se ha destacado en relación con las sucesiones, en nuestro país, además de ante las autoridades judiciales, pueden igualmente plantearse cuestiones relativas al régimen económico matrimonial ante las autoridades notariales, como sucede en los casos en que la intervención de estas últimas sea requerida para la tramitación de un acta de notoriedad para la constancia registral del régimen económico matrimonial, planteándose también la interrogante de si las referidas autoridades notariales, al intervenir en la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria en la materia, actúan o no como “órgano jurisdiccional” y, por ende, si quedan o no sujetas a las normas de competencia internacional del RREM.

Se ha evidenciado que, cuando una autoridad judicial española conozca de un procedimiento relativo al régimen económico de un matrimonio o de una unión registrada, actuará en todo caso como “órgano jurisdiccional” y, por ende, quedará sometido a los

foros de competencia del RREM y, en su caso, del REPUR, y, consiguientemente, a la norma sobre comprobación de la competencia prevista en el artículo 15 de ambos instrumentos, foros y norma de control de oficio de la competencia que inevitablemente deberán aplicar también los notarios españoles de entenderse que su intervención en los expedientes sobre régimen económico matrimonial en los que aquella viene requerida se efectúa asimismo en la condición de “órgano jurisdiccional”. De no ser así, y considerarse que el notario en tales expedientes no actúa como “órgano jurisdiccional”, su competencia internacional vendrá determinada por las normas sobre la materia del sistema estatal, esto es, de la LOPJ, debiendo aquéllos, en tal caso, para poder declararse incompetencia de oficio en los casos en que a su favor no concurra ninguno de los foros previstos en la referida normativa, invocar la norma sobre control de la competencia prevista en la mencionada.

No obstante, si no existe relación que vincule al notario español con las normas de competencia de estos Reglamentos, el único recurso del que podrá valerse para verificar su competencia serán las normas internas de competencia del sistema español.

- De forma ciertamente distinta a como lo hacen el Reglamento Bruselas III, el RES, el RREM y el REPUR, se regula la comprobación de la competencia en el Reglamento Bruselas II ter. Este último, efectivamente, a diferencia de lo que sucede en los cuatro primeros Reglamentos, limita el juego de la norma sobre comprobación de la competencia en aquél prevista (artículo 18) a los casos en que, no concurriendo en favor del órgano jurisdiccional ante el que se haya planteado la correspondiente demanda o solicitud ninguno de los foros previstos en el Capítulo II del texto reglamentario, se dé la circunstancia de que tales foros sí concurren a favor de los órganos jurisdiccionales de cualquier otro Estado miembro.

En aquellas ocasiones en que, a la luz de las normas de competencia de Bruselas II ter, no resulte competente el órgano jurisdiccional español, ni tampoco lo sea ningún otro Estado miembro, deviene inaplicable el artículo 18 del Reglamento, viéndose obligada la autoridad española, en orden a fundar su declaración de incompetencia de oficio, a recurrir a la norma sobre comprobación de la competencia del sistema autónomo. Y será igualmente a esta misma norma a la que deberán también recurrir las autoridades españolas cuando: a) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97.1 del Reglamento Bruselas II ter, aquéllas deban atender a la normativa sobre competencia prevista en el CLH 1996, constatando la autoridad española requerida su falta de competencia con arreglo a lo previsto en las mencionadas normas, y ello al no contener el instrumento convencional en cuestión norma alguna sobre comprobación de la competencia, y b) cuando, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 6.1 ó 14 del Reglamento, el órgano jurisdiccional español ante el que se haya planteado la correspondiente demanda o solicitud se haya visto en la necesidad de recurrir a las normas sobre competencia del sistema estatal, constanding que tampoco los foros de competencia previstos en este último concurren a su favor.

- 2) En este trabajo se ha realizado también una breve aproximación a la Sentencia del TJUE de 7 de abril de 2022, en la que la *Cour de cassation* francesa preguntaba a aquél, a través de la formulación de una cuestión prejudicial, si un tribunal ante el que plantee una reclamación en materia sucesoria sobre la base del artículo 4 del RES, pero que finalmente no puede fundar su competencia en este último precepto por considerarse que la última residencia habitual del causante al tiempo del fallecimiento del causante no se encontraba en un Estado miembro del RES, debe o no comprobar de oficio la concurrencia o, en su caso, la falta de concurrencia a su favor del foro del artículo 10.

El TJUE, tras recordar a la *Cour* los requisitos a los que se somete la aplicación del artículo 10, manifiesta la obligatoriedad de comprobar la aplicabilidad de este foro basándose en los artículos 10 y 15. El TJUE alude a la expresión “*serán competentes*” del artículo 10 y

al artículo 15 (comprobación de la competencia) para invocar el deber de tener en cuenta la relación de hechos que se le aportan para determinar su competencia. Además, declara que no existe entre el foro general de la residencia habitual del causante y el foro subsidiario una relación de jerarquía, pues, de un lado, el objetivo del RES es ofrecer igualdad a los tribunales a la hora de aplicar su normativa para resolver su competencia y, de otro, ambos preceptos regulan supuestos de hecho distintos. Sobre la conexión existente entre estos artículos también señala que la expresión “aún en el supuesto” del artículo 10.1, viene a confirmar la relación de equivalencia y complementariedad entre ambos. Según la exposición del TJUE, el artículo 10.1 combate las situaciones de denegación de justicia al dar acceso a la justicia a la esfera familiar más cercana del causante. De hecho, el alto Tribunal parece subordinar el control de oficio de la competencia a la buena administración de la justicia, significando ello que no existirá una buena *praxis* judicial en materia de sucesiones *mortis causa*, si no se examinan de oficio las reglas de competencia del RES.

- 3) Por lo que concierne propiamente al caso concreto de la sucesión de XA, no parece quedar suficientemente acreditado que la residencia habitual del causante no se encuentre en Francia. Aunque es cierto que de la sentencia del TJUE no se puede obtener una relación pormenorizada de los hechos del caso, sí que es notoria la existencia de sólidos vínculos con el país galo, como p. ej., que desde 2012 reside en Francia en un apartamento en propiedad y bajo los cuidados de uno de sus hijos o que poseía distintos bienes en Francia o que su nacionalidad era la francesa. No obstante, pueden escaparse de los hechos del caso circunstancias fundamentales que romperían esta hipótesis.
- 4) En no pocas ocasiones, las traducciones oficiales de los instrumentos jurídicos han originado problemas de aplicación, relacionadas con su coherencia, significado o finalidad. Otras veces, las traducciones al español se revisten de cierta complejidad innecesaria, que solo fomenta la incompreensión, la incertidumbre o el error. En este estadio, merece ser destacada la traducción al español del artículo 10.1, en concreto la utilización de la expresión “*aun en el supuesto*”, que, lejos de ajustarse a la sencillez o llaneza del lenguaje, solo conduce a equívocos. Aun cuando el lenguaje jurídico es considerado como uno de los más complejos y elevados culturalmente, ello no significa que hayan de despreciarse términos ordinarios como “cuando” o “no obstante”, que perfectamente podrían haber sido empleados en la versión española del RES.
- 5) De realizar alguna consideración genérica sobre la sentencia analizada, bastaría con precisar que no parece este un caso que haya de resolverse ante la más alta instancia judicial de la UE, puesto que consideramos que la *Cour* sin mayor problema, bien podría haber resuelto las dudas de sus tribunales inferiores. Y ello a partir de la existencia en el articulado del RES de inequívocas evidencias sobre la obligación del tribunal requerido de examinar de oficio su competencia, que se manifiestan tras calmadas lecturas del propio instrumento y de estudios doctrinales a este respecto.

El TJUE y el Derecho internacional privado. Ante la digitalización de bienes y servicios

The CJEU and the International Private Law. Facing the digitalization of goods and services

MIGUEL-ÁNGEL MICHINEL ÁLVAREZ

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad de Vigo

ORCID ID: 0000-0001-8116-4549

Recibido: 14.12.2022 / Aceptado:17.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7554

Resumen: Ante los problemas que pueden surgir al articular las libertados comunitarias en el marco del mercado interior de bienes y servicios afectados por el creciente e imparable proceso de digitalización, el Derecho privado, por su parte, responde con nuevas normas que, cada vez con mayor intensidad, unifican aspectos donde se presentan discrepancias entre los sistemas de los distintos Estados Miembros. Pero, ante la dimensión claramente transfronteriza del tipo de relaciones existentes, el acervo del Derecho internacional privado de la U.E existente conserva una importante función, afinada por el TJUE, en la senda hacia el establecimiento de una soberanía digital europea. En el presente trabajo se examinan, desde la perspectiva de esa jurisprudencia, los avances más relevantes, desde la perspectiva de la responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, en relación con ese mercado.

Palabras clave: Derecho internacional privado, bienes y servicios, digitalización, contratos internacionales, responsabilidad extracontractual, TJUE.

Abstract: Abstract: Faced with the problems that may arise when it comes to articulating community freedoms within the framework of the internal market for goods and services affected by the growing and unstoppable process of digitization, private law, for its part, responds with new rules that, each time with greater intensity, they unify aspects where there are discrepancies between the systems of the different Member States. But, given the clearly cross-border dimension of the type of existing relationships, the existing EU private international law acquis retains an important function, fine-tuned by the CJEU, on the path towards the establishment of a European digital sovereignty. This paper examines, from the perspective of this jurisprudence, the most relevant advances, from the perspective of liability, both contractual and non-contractual, related to that market.

Keywords: International private law, good and services, digitalization, international contracts, torts, CJEU.

Sumario: I. Introducción. II. Función y principios clave del Derecho internacional privado a considerar. III. Contratos internacionales sobre bienes y servicios. 1. Armonización material. A. El Reglamento (UE) 2019/1150. B. El contrato de suministro: la Directiva 2019/770. C. El contrato de compraventa: la Directiva 2019/771. 2. Problemas de Derecho internacional privado e interpretaciones del TJUE. A. Contratos sin consumidores. B. Contratos con consumidores. III. Responsabilidad extracontractual. 1. Armonización material. A. El Reglamento de Servicios Digitales. B. El Reglamento de mercados digitales. 2. El lugar del hecho dañoso como solución general. A. El lugar del hecho dañoso en actos ilícitos plurilocalizados. B. Jurisprudencia del TJUE materia de protección de la intimidad. 3. Supuestos especiales. A. Derecho de autor. B. Defensa de la competencia. C. Datos personales. D. Inteligencia Artificial. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. En septiembre de 2020, el Discurso sobre el Estado de la Unión que pronunció la presidenta Ursula von der Leyen incluyó la alusión a una “soberanía digital europea”, que debería garantizarse a través de una visión común¹. Sobre la base de esta aspiración, se elaboró la comunicación de la Comisión denominada “Brújula Digital Europea”², de 9 de marzo de 2021. El texto supone, en realidad, una continuación de la Estrategia “Configurar el futuro digital de Europa”³, presentada el 19 de febrero de 2020, justo antes de eclosionar la pandemia causada por la COVID-19. En el nuevo documento, se señalan los cuatro puntos cardinales que deben servir de base para cartografiar la trayectoria de la U.E. en el ámbito de la digitalización. Los dos primeros se centran en las capacidades digitales y en la creación de infraestructuras, así como en el acceso a las mismas; mientras que los otros dos, se proyectan sobre la transformación digital de las empresas y los servicios públicos en la Unión. Dentro de esos cuatro puntos, se incluyen diversas propuestas, que cabe resumir como sigue. En primer lugar, para 2030, por lo que se refiere a la ciudadanía con capacidades digitales y profesionales del sector, se propone que trabajen en la UE 20 millones de especialistas TIC, con convergencia entre mujeres y hombres. En segundo lugar, por lo que se refiere a infraestructuras digitales sostenibles, seguras y eficaces, se pretende que todos los hogares europeos gocen de acceso a una red de altísima velocidad, y todas las zonas pobladas dispongan de cobertura 5G, así como elevar la producción de semiconductores de vanguardia y sostenibles en Europa -procesadores incluidos- hasta alcanzar al menos el 20 % de la producción mundial en valor; todo ello, con un despliegue de 10.000 nodos de proximidad con alto grado de seguridad y climáticamente neutros, que garanticen el acceso a servicios de datos en milisegundos; todo ello, a partir de la inauguración del primer ordenador cuántico, prevista para 2025. En tercer lugar, sobre la transformación digital de las empresas, se aspira a que el 75 % haya adoptado en 2030 servicios de computación en nube, macrodatos e inteligencia artificial, y que más del 90 % de las pymes haya alcanzado al menos un nivel básico de intensidad digital. Finalmente, en cuanto a la digitalización de servicios públicos, se quiere que todos aquéllos considerados como clave estén a disposición en línea para ciudadanía y empresas; que toda la ciudadanía tenga acceso a sus historiales médicos en formato electrónico; y que al menos el 80 % utilice una solución de identificación digital.

2. En suma, la Comisión ve necesario que la ciudadanía aproveche plenamente las oportunidades y tecnologías digitales. Para ello, entiende que las personas deben tener primero acceso a una conectividad asequible, segura y de alta calidad; que sean capaces de adquirir competencias digitales básicas, como derecho ciudadano; y que estén equipadas con otros medios que, conjuntamente, les permitan participar plenamente en las actividades económicas y sociales actuales y futuras. En este impulso a la digitalización en la sociedad europea, adquiere un claro protagonismo la transformación del acceso a los servicios y de las transacciones sobre bienes de consumo general, con indudable impacto sobre su regulación jurídica. Es obvia entonces la necesidad de un marco legal que, entre otros aspectos, garantice el acceso seguro y no discriminatorio a los servicios digitales, que los convierta en espacios fiables; con especial atención, entre otras cuestiones, a la protección de los consumidores, la toma ética de decisiones basadas en algoritmos y la protección de los datos personales. Partiendo así de que la regulación de los bienes y servicios es tradicional objeto del Derecho privado⁴, cabe añadir que el tipo de relaciones

¹ *Construyendo el mundo en el que queremos vivir: una Unión de vitalidad en un mundo de fragilidad*, Estrasburgo, 17 de septiembre de 2020, p. 15 (disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/state_of_the_union_es.pdf). En su discurso posterior, *Reforzar el alma de nuestra Unión*, de 15 de septiembre de 2021, insiste en que “de sector digital depende nuestro éxito o fracaso” (disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/speech_21_4701). En el último pronunciado, *Una Unión que se mantiene fuerte junta*, el 14 de septiembre de 2022 (disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ov/speech_22_5493) se vinculan economía digital y sostenibilidad, proponiendo una doble transición.

² COM(2021) 118 final (disponible en <https://espanadigital.gob.es/sites/espanadigital/files/2022-06/Br%C3%BAjula%20Digital%202030.pdf>)

³ Documentación disponible en Digital decade (espanadigital.gob.es).

⁴ Sobre el impacto de la digitalización de bienes y servicios desde la perspectiva del Derecho privado, *vid.*, la obra colectiva dirigida por E. ARROYO AMAYUELAS y S. CÁMARA LAPUENTE, *El Derecho privado en la armonización del Derecho privado europeo y el impacto de la digitalización*, Barcelona, Marcial Pons, 2020.

que se presenta goza de un elemento transnacional inherente a la configuración del mercado interior europeo; de ahí que el recurso a las normas del Derecho internacional privado resulte imprescindible en este nuevo entorno digital. Por ello, a continuación, se expondrán, a título introductorio, la función y los principios básicos que determinan el juego del Derecho internacional privado con carácter general en este sector, que servirán de faro durante el resto de la exposición, para guiarnos en el denso entramado normativo que implica la digitalización de bienes y servicios en el mercado interior de la U.E. En la segunda y en la tercera parte, se tratarán los problemas específicos que aparecen, distinguiendo entre los dos grandes ámbitos de las obligaciones que se pueden generar en dicho mercado, esto es, contractuales y extracontractuales; al hilo de los cuales se irá exponiendo la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia (TJUE), cuya interpretación de los textos legales en este concreto ámbito constituye el hilo conductor del presente trabajo.

3. Asimismo, conviene aclarar que quedarán fuera de estudio dos aspectos que no impactan directamente sobre el tema central elegido, aunque presenten cierta relación indirecta con éste; a saber, la digitalización de las sociedades en la U.E. y la propuesta de digitalización de la cooperación judicial transfronteriza. Su inclusión hubiera supuesto una prolongación exagerada del espacio disponible, tan amablemente cedido en esta revista. No obstante, cabe recordar, sobre el primero, la existencia de la Directiva 2019/1151, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132, en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades⁵. La Directiva 2019/1151 codifica las existentes en materia de Derecho europeo de sociedades y fija estándares comunes en: a) identificación y acceso a información societaria en plataformas electrónicas; b) constitución en línea de sociedades; c) registro en línea y cierre de sucursales; d) publicidad registral⁶. También, la Directiva (UE) 2017/828⁷, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE, donde se incluye tanto la cadena de transmisión del derecho de voto como el empleo de medios electrónicos en el asesoramiento a sociedades que prestan los “*proxy advisors*”. Por lo que se refiere al segundo asunto excluido, destaca la propuesta de Reglamento sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en los asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos legislativos en el ámbito de la cooperación judicial, de 1 de diciembre de 2021⁸. Con este instrumento, el legislador europeo quiere garantizar la disponibilidad y el uso de medios de comunicación electrónicos en asuntos transfronterizos entre las autoridades competentes de los Estados miembros, permitiendo también dicho uso en asuntos transfronterizos entre personas físicas y jurídicas y órganos jurisdiccionales y autoridades competentes. Con ello se confía en una comunicación más rápida, barata, segura, interoperable, fiable y confidencial entre autoridades y entre las mismas y las personas⁹. A tal fin, el mecanismo estará formado por sistemas informáticos y puntos de acceso interoperables, de uso obligatorio, funcionando bajo la responsabilidad y la gestión de cada Estado miembro (EM, a partir de ahora).

II. Función y principios clave del Derecho internacional privado a considerar.

4. A la vista de los antecedentes legales más remotos, el Derecho internacional privado que se maneja hoy día integra una disciplina relativamente moderna. Aun así, dentro de la misma, ya se pueden

⁵ DOUE nº 186, 11 de julio 2019.

⁶ C. TEICHMANN, “The Company Law Package – Content and State of Play”, *European Company and Financial Law Review*, 1/2, 2019, pp. 3-14; M. FUENTES NAHARRO, “Hacia la mejora del Derecho de Sociedades de la Unión Europea en materia de digitalización de la vida societaria y de facilitación de operaciones transfronterizas”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 150, 2018, pp. 275-276.

⁷ DOUE nº 132, 20 de mayo 2017.

⁸ COM/2021/759 final [disponible en EUR-Lex - 52021PC0759 - EN - EUR-Lex (europa.eu)].

⁹ *Vid.* una primera aproximación en N. ESCALONA MARCHAL, “Hacia la digitalización de la cooperación judicial en los asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales en la UE”, *Legal Today*, 7 de febrero de 2002 (disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-internacional/internacional>).

calificar como “clásicos” ciertos principios que la acompañan desde su refundación por Savigny en el siglo XIX y que procede emplear, bien como criterios de solución, bien como criterios de interpretación, ante un reto tan novedoso y complejo como es el fenómeno de la digitalización de bienes y servicios. Entre esos principios, cabe destacar ahora los cuatro sobre cuya interrelación se construye la brújula que permite navegar el proceloso mar que genera el tsunami de la digitalización de bienes y servicios en el mercado interno de la U.E. El primero de ellos se refiere a la tensión entre armonización conflictual y material. Obviamente, la segunda alivia la necesidad de recurrir al tipo de normas paradigmáticas del Derecho internacional privado. Pero, considerando lo utópico de tal perspectiva en un futuro inmediato a nivel global, ante la obligación de resolver adecuadamente cierto tipo de problemas a los que el fraccionamiento jurídico da origen (esto es, el conjunto habitualmente denominado como discontinuidad de las relaciones jurídico-privadas), lo cierto es que el Derecho internacional privado, de momento, lejos de disminuir, crece en cantidad y complejidad. Al menos, así es en el marco de la U.E., con base en el reconocimiento mutuo¹⁰ como piedra angular de la cooperación en materia civil de la Unión, entronizando así el principio del país de origen en el corazón de su Derecho internacional privado¹¹.

5. Esto sucedió -tras el fracaso de la denominada “Constitución Europea”¹²- con el Tratado de Lisboa, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009¹³, por el que se modificó finalmente el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (integrando el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE), de modo que la Unión sustituyó y sucedió definitivamente a la Comunidad Europea. En verdad, como es sabido, el Tratado de Lisboa supuso una continuación del espacio de libertad, seguridad y justicia, ya iniciado por el Tratado de Amsterdam¹⁴; de modo que el artículo 81 TFUE -cuando reemplazó el artículo 65 de aquél- comienza enfatizando que la Unión “desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”. Así, para el ámbito territorial de integración que implica la U.E., el sector de normas del Derecho internacional privado, bajo el impulso que le proporciona el paraguas del artículo 81 TFUE, ha experimentado un crecimiento exponencial en lo que va del presente siglo, creando un cuerpo armonizado para el territorio de un espacio donde todavía persisten fuertes disparidades entre sistemas jurídicos materiales y procesales de los distintos EE.MM. De ahí que la técnica priorizada haya estado tradicionalmente basada en combinar esa armonización o unificación del sistema de normas de Derecho internacional privado con una armonización básica o mínima de las normas jurídicas de Derecho material o procesal interno de los EE.MM., dadas las tradicionales dificultades, en este segundo terreno,

¹⁰ Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Directiva sobre el comercio electrónico: determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas”, *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 20, octubre de 2001, pp. 3-40, p.10. Sobre este principio la literatura es muy abundante; tan solo en la doctrina española, en referencia al Derecho internacional privado, cabría destacar a A. J. ARIÁN ARNAIZ, “La Constitución económica española y el Derecho internacional privado comunitario: el principio de origen”, *La Constitución española y el ordenamiento comunitario europeo (XVI Jornadas de Estudio del Servicio Jurídico del Estado 13-16 dic. 1993)*, vol I, ed. Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pp. 41-100; M. BALLBÉ Y C. PADRÓS, *Estado competitivo y armonización europea*, Barcelona, Ariel, 1997; M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla del reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, 1999; L. GONZÁLEZ VAQUÉ Y S. ROMERO MELCHOR, “Las cláusulas de reconocimiento mutuo en el ámbito del mercado único”, *Derecho de los Negocios*, n.º 77, feb. 1977, pp. 10 y ss.; M. LÓPEZ ESCUDERO, “La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario”, *Gaceta Jurídica*, Serie D-19, 1993, pp. 119 y ss.; M. GUZMÁN ZAPATER, “Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 10, 2001, pp. 405-438.

¹¹ Vid. M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo en la Comunidad Europea y su incidencia en las normas materiales imperativas de los estados miembros ¿hacia la regulación por el país de origen?*, Barcelona, SPUAB, 1997, *passim*.

¹² DOUE, de 16 de diciembre de 2004, serie C, nº 310.

¹³ DOUE, de 17 de diciembre de 2007, serie C, nº 306.

¹⁴ Vid., J. J. ÁLVAREZ RUBIO, “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del Espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 15, 2008, pp. 1-33, pp. 8-10; H. AGUILAR GRIEDER, “La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, 2010, pp. 308-338, p. 309.

para conseguir fraguar acuerdos más ambiciosos. No obstante, recientemente, este *modus operandi* está dejando paso a la unificación fuerte del Derecho material en aspectos puntuales; siendo precisamente el ámbito de la digitalización de bienes y servicios uno de los que más despunta, como se verá.

6. Además, otro rasgo esencial del Derecho internacional privado clásico es su neutralidad; lo que implica, en esencia, la creación de una tipología normativa paradigmática, mediante la incorporación de conexiones con las que se pretende ubicar un litigio bien en una jurisdicción, bien en un ordenamiento jurídico determinado, a los efectos de que sea dirimido. Durante la época estatutaria, se trataba primero de delimitar, con carácter universal, entre ámbitos materiales de aplicación de las normas jurídicas, pasando después a decidir -desde una perspectiva unilateral- sobre el ámbito de coercibilidad de las mismas; algo que sucede todavía hoy, al menos con carácter general, con el Derecho público. De esta forma, se creaba un vínculo primario entre la autoridad que conocía de un litigio y su propio ordenamiento¹⁵, lo que obligaba a ésta a declinar su competencia cuando no podía aplicarlo¹⁶. En cualquier caso, la respuesta a la pregunta sobre el objeto del Derecho internacional privado giraba siempre en torno a la aplicabilidad de las normas. El *kopernikanische Wende* de Savigny se produjo no tanto en el orden lógico como en el psicológico. Para elaborar su revolucionaria construcción, el jurista alemán partió de la existencia de dos elementos constatables dentro de toda relación, a saber, el fáctico y el jurídico: puesto que cada legislador asocia concretas reglas a determinados hechos de la vida de las personas, del mismo modo, los elementos fácticos de una relación jurídica pueden conectarla con más de un sistema jurídico; por tanto, lo decisivo será identificar la sede (*Sitz*)¹⁷ de cada relación en el ordenamiento más próximo a la misma. Con tal fin, Savigny ideó un nuevo paradigma científico, la denominada “norma de conflicto”, a partir de la siguiente idea clave: si el Derecho privado tiene por objeto intereses privados -y no soberanos-, las soluciones presentes en los distintos ordenamientos jurídicos deben considerarse con un valor equivalente y, de ahí, su fungibilidad. Se rompe entonces, para el Derecho privado, el vínculo primario entre el juez y su propio Derecho sustantivo, sustituyéndolo por uno nuevo, entre cada autoridad competente y su propio sistema conflictual.

7. En suma, como es sabido, el modelo savignyano se edifica sobre la base de tres conceptos centrales: a) el carácter privado de las relaciones jurídicas entre particulares, que excluye problemas de soberanía; b) la fungibilidad -a salvo del orden público- de las normas que las regulan, que deben considerarse por tanto equivalentes (no hay unas leyes “mejores” que otras); y c) la conveniencia, derivada de lo anterior, de localizar el Derecho más vinculado con cada concreta relación jurídico-privada, en el ámbito

¹⁵ Esta correlación -o vínculo primario-, como es ampliamente sabido, puede ser directa (entre la autoridad competente y su Derecho), o inversa, de modo que la competencia de una autoridad dependa de que pueda aplicar su propio ordenamiento. La importancia de esta sincronía ha sido puesta de manifiesto principalmente por la doctrina alemana, en la construcción teórica que se ha dado en llamar *Gleichlauftheorie*, donde destacan trabajos clásicos de G. BREULEUX, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1969, *passim*; P. H. NEUHAUS, “Internationales Zivilprozessrecht und internationales Privatrecht”, *RebelsZ*, 1955, pp. 201-269; A. HELDRICH, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Berlin/Tübingen, De Gruyter/J. C. B. Mohr, 1969, *passim*; A. E. VON OVERBECK, “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht”, *Annuaire Suisse de Droit international*, 1964, pp. 25-48; la evolución y las manifestaciones de la teoría aparecen muy bien sintetizadas (aunque sólo desde el punto de vista procesal) en J. KROPHOLLER, *Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrechts*, vol. I, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1984, pp. 239-250. Sobre estas cuestiones, en la doctrina española, destaca el trabajo de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Las relaciones entre *forum* y *ius* en el Derecho internacional privado: caracterización y dimensiones del problema”, *Anuario de Derecho Internacional (ADI)*, 1977, pp. 89-136, donde habla de “correlación funcional de soluciones”.

¹⁶ En el ordenamiento español, encontramos este tipo de regulación, por ejemplo, en el Derecho penal y administrativo internacional (artículos 23 y 24 respectivamente de la LOPJ). Por otra parte, es la base del sistema americano en Derecho *antitrust*, donde la denominada *jurisdiction to adjudicate* (competencia judicial internacional) se encuentra vinculada de tal modo con la denominada *subject matter jurisdiction* o *jurisdiction to prescribe* (ley aplicable) que, como consecuencia, si el asunto queda regido por una ley extranjera, los jueces simplemente desestiman la demanda. Resume muy bien las causas W. S. DODGE, “Extraterritoriality and Conflict of Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism”, *Harvard International Law Journal*, 1998, pp. 101-169, p. p. 109, nota 40: por un lado, estaría el denominado *public law taboo*, según el cual los Estados no aplican normas extranjeras que consideran Derecho público; la segunda causa sería que, ante un tribunal federal, la determinación de la ley aplicable, en el sistema de los Estados Unidos, puede depender de la existencia de una cuestión federal, por lo que, si el Derecho federal no resulta aplicable, ello implica la falta de jurisdicción para el tribunal.

¹⁷ *Vid.* F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1849, pp. 28, 108 y 118.

internacional¹⁸. En consecuencia, en el Derecho internacional privado resiste todavía -al menos, como presupuesto básico de funcionamiento- el carácter esencialmente localizador y, debido a ello, la mayoría de sus normas, tanto sobre competencia judicial internacional como sobre Derecho aplicable, utilizan criterios basados en la ubicación territorial, para poder alcanzar la consecuencia jurídica que persiguen; esto es, bien sea la declaración de competencia de un órgano jurisdiccional, bien la sujeción del caso al Derecho material de un concreto Estado, respectivamente. Esta naturaleza -en esencia, localizadora- de la función del Derecho internacional privado constituye, posiblemente, el factor donde mayor impacto genera la digitalización de bienes y servicios, por una razón obvia: la mayoría de las transacciones y prestaciones en este ámbito se llevan a cabo tanto sobre bienes que pueden carecer de sustrato físico, como en relación con servicios susceptible de prestarse en un entorno virtual (sin olvidar que ambas situaciones pueden incluso concurrir). La eventual digitalización del objeto de intercambio y/o del propio lugar donde éstos se llevan a cabo provoca la necesidad -al menos, en apariencia- de adaptar al nuevo escenario un sistema tan tradicionalmente focalizado en refinados mecanismos de localización territorial, como resulta ser el Derecho internacional privado. Pero, a la hora de aplicar las normas existentes, mientras no se introduzcan cambios de mayor calado en ellas -de ser oportunos-, no cabe obviar la existencia de otros principios que deben conjugarse con su tradicional neutralidad; aun siendo las alteraciones de ésta numerosas en relación con casos concretos, aspecto en el que no procede extenderse ahora.

8. Tampoco se puede olvidar que la digitalización de bienes y servicios incide dentro de un núcleo de relaciones jurídico-privadas de clara naturaleza patrimonial, donde un principio tradicionalmente asentado es la autonomía de la voluntad de las partes; el cual -en paralelo a lo que se expondrá seguidamente respecto de la tutela judicial efectiva- se proyecta también, aunque de forma distinta, con su misma esencia tanto en el ámbito de las relaciones transfronterizas como en de las que carecen de tal dimensión, aunque la forma de adoptarlo presente sus matices en el primer terreno respecto del segundo. En cualquier caso, la primera consecuencia que reviste la proyección de la autonomía de la voluntad sobre el ámbito de las relaciones patrimoniales transfronterizas es que los problemas más agudos típicamente abordados por el Derecho internacional privado, en la práctica, se vean sensiblemente reducidos, al menos, en tanto que las partes de la relación jurídico-privada procedan a un empleo no patológico de dicha autonomía. Además, aunque cada legislador individual es soberano para decidir cómo orienta su propio sistema de Derecho internacional privado, debe recordar el marco internacional en el que está inmerso¹⁹, que se altera, por otra parte, en presencia de un proceso de integración regional, como es el caso de la U.E.; cuya fórmula inicial partió de la eliminación de las barreras jurídico-*públicas*, a través del fortalecimiento de las libertades comunitarias. Posteriormente, al no ser posible -ni, tal vez, conveniente- un escenario de unificación absoluta de los ordenamientos *privados*, se asume que su diversidad convivirá necesariamente con una armonización jurídico-privada material mínima; ésta construirá el *level playing field* (el campo de juego equilibrado) donde podrá desarrollarse una libre competencia entre los diferentes sistemas de Derecho privado (en una suerte de “mercado de productos jurídicos”) arbitrada mediante las reglas del Derecho internacional privado. De esta forma, al menos en el entorno de integración de la U.E., nos hallaríamos ante una contraposición entre el principio del país de origen y el del país de recepción²⁰, donde el primero supone, con carácter general, que los bienes y servicios se introducen en el mercado de acuerdo con el Derecho del país de origen, lo que es reconocido por los demás Estados. Esto implica, en suma, un sistema con el “reconocimiento mutuo” como regla de base donde la autonomía de la voluntad de las partes permitiría identificar el país de origen en cada supuesto: en el caso de la ley aplicable, será el Estado cuyo Derecho ha sido elegido; en el caso de los servicios jurisdiccionales, para la tutela por declaración, será el Estado cuyos tribunales han sido escogidos para el proceso declarativo; en la tutela por reconocimiento, la sentencia judicial despliega los efectos que le son propios según el Derecho procesal del Estado en que se dictó.

¹⁸ Para ver el diseño original, *ibid.*, p. 38.

¹⁹ Para M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. Estado de destino. Las diferentes lógicas del Derecho internacional privado”, *InDret*, 254, 2004, pp. 1-20, pp. 2-3 estaríamos ante una “lógica de internacionalidad”.

²⁰ Para un desarrollo más amplio de esta idea, *ibid.* pp. 8-20.

9. En defecto de elección expresa, será el sistema de Derecho internacional privado el que deberá tender a reconstruir la voluntad hipotética de las partes²¹. Por tanto, la segunda consecuencia que se debe considerar a la hora de construir y de aplicar las normas de Derecho internacional privado en relación con el impacto de la digitalización, es que la autonomía de la voluntad funciona como un mandato para el legislador y el intérprete del sistema establecido; de modo que, en defecto de manifestación expresa o tácita de las partes, tanto por lo que se refiere a la competencia judicial internacional como a la determinación de la ley aplicable, las normas del Derecho internacional privado estarán destinadas, en mayor o menor medida, a tratar de reconstruir esa voluntad común hipotética; ofreciendo la solución que mejor la represente y que respete, en todo caso, la esencia del acuerdo que se pretende emular, en ausencia del mismo; todo ello, en combinación con el resto de principios básicos que vertebran el sistema, con los matices propios, tanto respecto del sector de la competencia judicial internacional como del correspondiente al Derecho aplicable. Finalmente, cabe recordar que la autonomía de la voluntad en Derecho privado reclama, entre otros aspectos, la existencia previa de un campo de juego equilibrado en el que pueda ser desplegada por ambas partes, lo que puede exigir una actitud intervencionista en el mercado por parte del legislador, precisamente para garantizar tal presupuesto. En este sentido, ya existen en Derecho internacional privado mecanismos que limitan la autonomía de la voluntad de la contraparte que contrata una parte considerada más débil en la relación (consumidores, trabajadores, asegurados...). Pero las peculiaridades de la digitalización pueden requerir herramientas de mayor alcance, tanto por lo que se refiere a la configuración de las propias relaciones contractuales existentes, como en lo que atañe a las responsabilidades de los nuevos sujetos (prestadores de nuevos servicios, plataformas digitales...); todo lo cual debe plasmarse en los correspondientes instrumentos armonizados, como se verá, a fin de poder conseguir el objetivo final de salvaguarda del mercado digital interior de la U.E.

10. Para terminar, conviene insistir en que el Derecho internacional privado de la U.E. deriva esencialmente del contenido previsto en el artículo 81 TFUE. Del conjunto de materias que se detallan en dicho artículo, resulta la clara dimensión procesal que reviste hoy en día este sector y, por tanto, la incidencia de un principio clave, como es la tutela judicial efectiva, que se menciona expresamente. Como se ha destacado tradicionalmente, la forma en la que se presta dicha tutela puede cambiar, al trasladarse del ámbito interno al internacional, pero su substancia no varía²²: se trata, siempre y en todo caso, de diseñar e implementar un cauce que incluya todas las garantías procesales, adecuado para substanciar disputas entre particulares. Este principio inspira, por tanto, el diseño de una gran parte de las normas de Derecho internacional privado²³, incluyendo las relacionadas con aspectos donde se siente el impacto de la digitalización; de modo que ésta, en realidad, quizás influya en concretos aspectos relativos a la forma en que se va a prestar dicha tutela; pero, por lo que se refiere a su esencia, toda interpretación normativa en tal ámbito debe producirse bajo la premisa de salvaguardar, en todo caso, la misma que correspondería a las partes en un litigio carente de dimensión transfronteriza, sin que el disfraz de la digitalización pueda distraer al jurista que implementa dicha tutela en la práctica. Con tal fin, cabe recordar que la tutela judicial puede variar en función de la fase procesal donde nos encontremos, a saber, la declarativa o la ejecutiva. En la primera, careciendo todavía de una decisión judicial firme, la tutela protege especialmente al demandado cuando se encuentra domiciliado en otro EM, estableciendo de forma alternativa una serie de conexiones suficientes para poder arrastrarlo a un proceso en el foro, en perjuicio de su jurisdicción natural, así como un conjunto de particularidades en relación con el desarro-

²¹ Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, pp. 87-154, p. 122.

²² Terminología tomada de M. VIRGÓS SORIANO Y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, última ed., Madrid, Civitas, *passim*.

²³ Vid., por todos, en España, P. DIAGO DIAGO, “La tutela judicial efectiva en el marco internacional: equilibrio entre los derechos del demandante y los derechos del demandado”, en *Retos para la acción exterior de la Unión Europea* (dirs. C. MARTÍNEZ CAPDEVILA Y E. J. MARTÍNEZ PÉREZ), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 653-680. Con todo, un imperativo de este tipo sobre el ámbito del Derecho aplicable es más dudoso. En todo caso, encuentra un límite negativo, más que uno positivo -como ocurre con la tutela judicial efectiva en el Derecho procesal civil internacional, donde actúa indicando no sólo cómo no debe ser el sistema, sino también cómo debe ser-, en el principio de no discriminación, recogido en el art. 14 de la Constitución, fundamentalmente, en el derecho de igualdad ante la ley.

llo del proceso y la cooperación entre autoridades. En cambio, en la fase ejecutiva, la tutela se inclina más hacia el ejecutante, dado que ya existe una resolución judicial firme, cuya eficacia efectiva en la práctica debe ser garantizada, aun contando con la particularidad del elemento extranjero. Todo ello es objeto de regulación por el Derecho procesal civil interno e internacional, cuyas normas impregna tal principio medular; por lo que el impacto de la digitalización de bienes y servicios en el sistema existente debe tenerlo en cuenta, como presupuesto básico, para su aplicación y modulación en función de las circunstancias de los casos concretos que se planteen.

III. Contratos internacionales sobre bienes y servicios

1. Armonización material

A. El Reglamento (UE) 2019/1150 (P2B)

11. La economía de plataforma se caracteriza por la existencia de una estructura (o “plataforma”) que permite realizar transacciones mediante la conexión de dos partes contractuales (sea para la compra de un bien, sea para prestar un servicio) y que sirve como un punto de encuentro basado en la acción externa, generando así un producto complementario a la plataforma misma, cuya característica principal es la presencia de efectos de red; de modo que, a mayor número de usuarios, más atractivo se vuelve el bien o el servicio²⁴. A través de sus términos y condiciones (en general, apresuradamente aceptados por los usuarios), estas plataformas en línea se convierten en reguladores de segmentos significativos de la población y del mercado mundial. Los problemas legales que acarrea este tipo economía digital exigen soluciones alternativas a las pensadas para un entorno analógico, dado que éstas no resultan siempre útiles ante el nuevo panorama. El Reglamento P2B²⁵ pretende responder a estas posibles fricciones jurídicas en el marco digital que implica la irrupción de la economía de plataformas en línea; introduciendo normas para asegurar que se conceden opciones apropiadas de transparencia, de equidad y de reclamación tanto a los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea como a los usuarios de sitios web corporativos en relación con los motores de búsqueda. El reglamento se aplica a los que denomina “servicios de intermediación en línea” (SIL) que define de manera precisa y tecnológicamente neutra. En concreto, debe tratarse de servicios de la sociedad de la información, caracterizados porque buscan facilitar el inicio de transacciones directas entre usuarios profesionales y consumidores, con independencia de que éstas se completen en línea o fuera de ella, o de que no lleguen a completarse. Es decir: no se exige relación contractual entre los usuarios profesionales y los consumidores como condición previa para incluirlos en el ámbito de aplicación del Reglamento. La mera inclusión de un servicio de carácter marginal no supone necesariamente que el objetivo de un sitio web o servicio sea facilitar las transacciones como los SIL. Asimismo, los servicios deben prestarse sobre la base de relaciones contractuales entre los proveedores y los usuarios profesionales que ofrecen bienes o servicios a los consumidores. Existirá dicha relación contractual si ambas partes expresan su intención de estar vinculadas de manera inequívoca en un soporte duradero, sin necesidad de un acuerdo expreso por escrito.

12. Este instrumento no contiene normas de Derecho internacional privado *stricto sensu*, aunque sí alguna conexión territorial, por lo que se refiere a su ámbito, puesto que, en el artículo 1.2º, limita su aplicación a los SIL y a los motores de búsqueda en línea que se faciliten o cuyo uso se proponga a los usuarios profesionales y los usuarios de sitios web corporativos, respectivamente, cuyo lugar de establecimiento o domicilio se sitúe en la Unión y que, por medio de servicios de intermediación en

²⁴ Según S. P. CHOUDARY, M.W. VAN ALSTYNE, y G. G. PARKER, *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy—And How to Make Them Work for You*, New York/London, Norton, 2016, las grandes plataformas digitales se asemejarían a los Estados-nación.

²⁵ Reglamento (UE) 2019/1150, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (DOUE nº 186, de 11 de julio de 2019, p. 57).

línea o motores de búsqueda en línea, ofrezcan bienes o servicios a los consumidores ubicados en la Unión, con independencia de dónde estén establecidos o residan los proveedores de dichos servicios y cualquiera que fuese la ley aplicable. Por otra parte, se aclara en el párrafo cuarto que el reglamento se entenderá sin perjuicio del Derecho de la Unión, en particular, el aplicable entre otros, en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, lo que permite su compatibilidad con el conjunto de normas de Derecho internacional privado existente en la U.E. Entre los SIL del Reglamento se incluyen los mercados de comercio electrónico, en particular los mercados colaborativos en los que participen usuarios profesionales, los servicios de aplicación de software en línea, como las tiendas de aplicaciones, y los servicios de redes sociales en línea, con independencia de la tecnología utilizada para prestar tales servicios (siendo irrelevante que las transacciones entre usuarios profesionales y consumidores impliquen o no algún pago dinerario, o que se completan en parte fuera de línea). En cambio, el Reglamento excluye los SIL entre pares donde no participen usuarios profesionales, los que se llevan a cabo exclusivamente entre empresas sin oferta a los consumidores, y las herramientas de servicios o intercambios publicitarios en línea que no se faciliten para propiciar el inicio de transacciones directas y que no incorporen una relación contractual con los consumidores. Tampoco incluye los servicios de programas de optimización para motores de búsqueda, los servicios basados en programas de bloqueo de publicidad o las funcionalidades e interfaces tecnológicas que se limiten a conectar el equipo y las aplicaciones. Finalmente, excluye los servicios de pagos en línea.

13. El reglamento establece en primer lugar (art. 3) unas normas de validez para las condiciones generales que deben cumplir los proveedores de SIL, así como para su modificación y la notificación de ésta a los usuarios profesionales, incluyendo el derecho de éste a la resolución del contrato durante el plazo de notificación. En segundo lugar, las normas que regulan la restricción, suspensión y terminación de la prestación del SIL a determinada persona usuaria profesional, que deberá ser motivada, ofreciéndole la oportunidad de aclarar los hechos, salvo casos, entre otros, de infracción reiterada (art. 4). En tercer lugar (art. 5) se obliga al proveedor SIL a incluir en sus condiciones generales los parámetros principales que rigen la clasificación y los motivos por lo que aquellos cuentan con una importancia relativa superior a la de otros parámetros, estableciendo una serie de normas básicas para su gestión transparente. En cuarto lugar, se regula la oferta de bienes y servicios auxiliares (art. 6), incluidos los productos financieros, así como la obligación de incluir toda descripción de trato diferenciado (art. 7) que el proveedor SIL de o pueda dar, con respecto a varios aspectos que se concretan. Se dispone, en quinto lugar, una serie de condiciones contractuales específicas (art. 8) y, en concreto, (art. 9) la de incluir una descripción sobre el acceso técnico y contractual, o la falta de éste, que tengan los usuarios profesionales a los datos personales y/o de otro tipo que proporcionen usuarios profesionales o consumidores para utilizar los SIL. Finalmente, también se recogen medidas antielusión de restricciones de oferta (art. 10), tramitación de reclamaciones internas (art. 11), mediación (arts. 12 y 13) y ejercicio de acciones judiciales ejercitadas por organizaciones o asociaciones representativas y por organismos públicos (art. 14).

B. El contrato de suministro: la Directiva 2019/770

14. La Directiva 2019/770²⁶ pretende una armonización parcial, partiendo de la base de un alto nivel de protección de los consumidores, para lograr un auténtico mercado único digital, reforzar la seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones, en particular para las PYMES que ofrecen contenidos o servicios digitales transfronterizos y que deben asumir la adaptación de sus contratos de suministro de contenidos o servicios digitales a las normas imperativas que se aplican en los distintos EE.MM. La Directiva se complementa con la 2019/771, sobre los contratos de compraventa de bienes, y se aplica a todo contrato en virtud del cual el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y éste paga, o se compromete a pagar un precio; pero también cuando

²⁶ De 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, *DOUE* n° 136, de 22 de mayo.

el empresario suministre o se comprometa a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilite o se comprometa a facilitar datos personales al empresario (salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales). Asimismo, se aplica a contenidos digitales suministrados en un soporte material, como DVD, CD, memorias USB y tarjetas de memoria, así como al soporte material propiamente dicho, siempre que el soporte material sirva exclusivamente como portador de los contenidos digitales, aunque para concretos aspectos se mantiene la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las obligaciones relacionadas con la entrega de bienes y las medidas correctoras en caso de incumplimiento en la entrega. Además, las disposiciones de esta Directiva de 2011 que se refieren al derecho de desistimiento y la naturaleza del contrato por el cual se suministran esos bienes siguen aplicándose también, tanto a tales soportes materiales como a los contenidos digitales suministrados en ellos, y sin perjuicio de la aplicación de la normativa sobre propiedad intelectual. La Directiva 2019/770 regula básicamente la conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato, las medidas correctoras en caso de falta de conformidad o incumplimiento del suministro y las modalidades para exigirlos, así como la modificación de los contenidos o servicios digitales.

15. Más concretamente, tras las cuestiones generales relativas a objeto y finalidad (art. 1), definiciones (art. 2), ámbito (art. 3) y nivel de armonización (art. 4), se regula el cumplimiento de la obligación de suministro de contenidos o servicios digitales por el empresario (art. 5), los requisitos subjetivos (art. 7) y objetivos para la conformidad con el contrato (art. 8), así como la integración incorrecta de tales contenidos o servicios (art. 9), junto con los derechos de terceros (art. 10). Asimismo, se establece la responsabilidad del empresario por cualquier incumplimiento (art. 11), el régimen de carga de la prueba (art. 12) y las medidas correctoras por incumplimiento del suministro (art. 13) o por falta de conformidad (art. 14). La parte dispositiva de la Directiva continúa con el ejercicio del derecho de resolución (art. 15), estableciendo las obligaciones del empresario en tal caso (art. 16) y las del consumidor. Las normas de contenido material concluyen con los plazos y modalidades de reembolso por parte del empresario (art. 18), la modificación de los contenidos y servicios digitales (art. 19) y el derecho de repetición del empresario contra terceros intervinientes en la cadena de transacción (art. 20). Esta normativa, como la expuesta en el punto anterior, tampoco contiene normas de Derecho internacional privado; pero implica una armonización fuerte del Derecho material, en la medida en que los EE.MM. no podrán mantener o introducir, en su Derecho nacional, disposiciones que se aparten de las establecidas en ella, en particular, disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores (art. 4). Por otra parte, también limita el juego de la autonomía de la voluntad conflictual, en tanto que su artículo 22 señala que, salvo que se establezca de otro modo, no será vinculante para el consumidor ninguna cláusula contractual que, en su perjuicio, excluya la aplicación de las medidas nacionales de transposición de la Directiva, no aplique o modifique los efectos de dichas medidas antes de que el consumidor ponga en conocimiento del empresario el incumplimiento del suministro o la falta de conformidad o antes de que el empresario ponga en conocimiento del consumidor la modificación de los contenidos o servicios. No obstante, la Directiva no impedirá a los empresarios ofrecer a los consumidores condiciones contractuales que garanticen mayor protección.

C. El contrato de compraventa: la Directiva 2019/771

16. La Directiva (UE) 2019/771²⁷, complementaria de la anterior, se aplica a los contratos de compraventa de bienes, incluidos los bienes con elementos digitales. No cabe detenerse en su estructura, al ser muy similar a la ya descrita de su gemela sobre servicios. El concepto de «bienes con elementos digitales» incluye los que incorporen contenidos o servicios digitales o estén interconectados con ellos

²⁷ De 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (*DOUE* n° 136, de 22 de mayo de 2019, p. 28).

de tal manera que la ausencia de dicho contenido o servicio digital impediría que tales bienes cumplieren su función. El contenido o servicio digital incorporado o interconectado de ese modo con los bienes entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/771 si se facilita con dicho bien, en virtud de un contrato de compraventa relativo al mismo. Y también los contenidos o servicios digitales incorporados o interconectados cuyo suministro se requiere expresamente en el contrato. Debe incluir asimismo contratos de compraventa que comprendan el suministro de contenidos o servicios digitales específicos, normalmente incluidos en bienes del mismo tipo, ya que el consumidor puede razonablemente esperar que lo estén dada la naturaleza de los bienes y teniendo en cuenta toda declaración pública realizada por el vendedor (bien por su cuenta, bien por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor). Así, como se señala en el preámbulo, si por ejemplo la publicidad de un televisor inteligente indicase que incluye una aplicación de vídeo concreta, dicha aplicación formaría parte del contrato de compraventa (con independencia de que el contenido o servicio digital esté preinstalado en el propio bien o tenga que descargarse posteriormente). Un teléfono inteligente, como explican en los considerandos de la propia Directiva, podría presentarse con una aplicación normalizada preinstalada que se suministrase en virtud del contrato de compraventa, como una aplicación de alarma o una aplicación de cámara. Otro ejemplo que se acompaña es el de un reloj de pulsera inteligente, en cuyo caso, el propio reloj sería el bien con elementos digitales, que únicamente puede cumplir sus funciones con una aplicación que se suministra en virtud del contrato de compraventa, pero que el consumidor tiene que descargar en un teléfono inteligente: la aplicación sería entonces el elemento digital interconectado. Lo anterior se aplica también si el contenido o servicio digital incorporado o interconectado no es suministrado por el propio vendedor, sino por un tercero en virtud del contrato de compraventa.

17. Para el legislador de la Unión, la determinación de una relación contractual bilateral entre el vendedor y el consumidor de la que forme parte el suministro del contenido o servicio digital incorporado o interconectado no debe verse afectada por el mero hecho de que el consumidor deba dar su aprobación a un acuerdo de licencia con un tercero para poder acceder al contenido o servicio digital. Por el contrario, si la ausencia de contenidos o servicios digitales incorporados o interconectados no impidiera que los bienes realizaran sus funciones o si el consumidor celebra un contrato para el suministro de contenidos o servicios digitales que no forma parte de un contrato de compraventa de bienes con elementos digitales, ese contrato debe considerarse independiente del contrato de compraventa de los bienes, aunque el vendedor actúe como intermediario de ese segundo contrato con el suministrador tercero, y podría entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva, donde se acompaña un nuevo ejemplo: si el consumidor descarga en un teléfono inteligente una aplicación de juego desde la tienda de aplicaciones, el contrato de suministro de la aplicación de juego es independiente del contrato de compraventa del propio teléfono inteligente, mientras que el suministro de la aplicación de juego debe entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/770, si se cumplen las condiciones que esta establece. Otro ejemplo que se incluye sería el de un consumidor que compra un teléfono inteligente sin un sistema operativo específico y, posteriormente, celebra un contrato de suministro de un sistema operativo de un tercero. En tal caso, el suministro del sistema operativo comprado por separado no formaría parte del contrato de compraventa y, por lo tanto, no entraría en el ámbito de aplicación de esta Directiva, pero podría entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/770, si se cumplen las condiciones que la misma establece.

2. Problemas de Derecho internacional privado e interpretaciones del TJUE

A. Contratos sin consumidores

18. La presencia de una armonización material fuerte de Derecho material en el tipo de contratos que involucran transacciones sobre bienes y servicios (esto es, básicamente, compraventa y prestación de servicios) contribuye a aliviar de manera sensible el recurso a las técnicas propias del Derecho internacional privado, lo que redundaría en una mejor operatividad. A ello cabe unir, por otro lado, al menos, en

el caso de contratos que no involucran a consumidores, el amplio margen que corresponde a la autonomía de la voluntad de las partes. Además, finalmente, como se verá a continuación, tanto el Reglamento Bruselas I bis (RB-I bis) como el Reglamento Roma I (RR-I) han ido refinando algunas de sus soluciones tradicionales, en aras de la simplificación, de lo que son buen ejemplo precisamente los contratos de compraventa y de servicios. Por todo ello, desde la perspectiva de la contratación sin consumidores, la aplicación del sistema general adolece de patologías muy concretas, a la hora de determinar tanto el órgano competente como la ley que empleará. Así, por lo que se refiere a las soluciones sobre competencia judicial internacional que ofrece el Reglamento Bruselas I bis, dejando al margen cuestiones generales de aplicación de dicho instrumento, que no cabe abordar aquí por evidentes limitaciones de espacio, cabe recordar que su sistema general, -partiendo de que no concurren competencias exclusivas y de que el demandado esté domiciliado en EM- exige, como es sabido, comprobar primero la ausencia de sumisión tácita. Una vez descartada la misma, entra en juego una posible sumisión expresa, si se dan las condiciones de aplicabilidad del artículo 25 al respecto, debiendo entonces verificar a continuación que se cumplen los requisitos de fondo y de forma que dicho precepto impone -sucesivamente refinados eso sí en diversas interpretaciones llevadas a cabo por el TJUE-. Finalmente, en defecto de aplicabilidad del foro general del domicilio del demandado en el EM donde se haya presentado la demanda, el supuesto más complejo será el que conduzca a analizar la norma del artículo 7.1º, especial por razón de la materia contractual, de aplicación alternativa a tal foro general del domicilio.

19. Llegados a este punto, procede remitirse a la importante armonización de las condiciones generales de la contratación llevada a cabo en este sector, como se acaba de ver, lo que neutraliza aún más las posibilidades de éxito que pudiera tener una alegación contra la regularidad de la sumisión expresa en el ámbito de aplicación del RB-I bis. Por otra parte -con la salvedad ya señalada sobre el límite a su extensión por analogía a otros supuestos- cabe decir que alguna sentencia del TJUE ha servido ya para afinar la efectividad de dichas condiciones, en el marco específico de la digitalización. En concreto, se trata de la STJUE *El Majdoub*²⁸, donde se falló, respecto del entonces artículo 23.2º del Reglamento 44/2001 -hoy, 25 RB-I bis- que “*la técnica de aceptación mediante un «clic» de las condiciones generales, que incluyen una cláusula atributiva de competencia, de un contrato de compraventa celebrado por vía electrónica, como el del litigio principal, constituye una transmisión por medios electrónicos que proporciona un registro duradero de dicha cláusula, en el sentido de esta disposición, siempre que esa técnica permita imprimir y guardar el texto de las citadas condiciones antes de la celebración del contrato*”. En cuanto a la calificación del supuesto de hecho como materia contractual, la jurisprudencia del TJUE también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la diferencia entre ésta y la responsabilidad extracontractual, particularmente, en el supuesto de divergencia entre los derechos nacionales de los EE.MM. El último pronunciamiento a este respecto fue la STJUE *Brogstetter*²⁹, donde se falló que “*las acciones de responsabilidad civil como las controvertidas en el asunto principal, de carácter extracontractual en Derecho nacional, están, no obstante, incluidas en la «materia contractual», ... si el comportamiento imputado puede considerarse un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como pueden determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato*”. En todo caso, la presencia de relación previa contractual entre las partes, aunque sea tácita, excluye una posible calificación como responsabilidad extracontractual³⁰.

20. Se ha distinguido también entre supuestos concomitantes de compraventa y prestación de servicios, como sucede, por ejemplo, en la STJUE *Car Trim*³¹, donde se aclara que “*es necesario poner de relieve que la responsabilidad del proveedor también puede ser un factor que haya de considerarse a la hora de calificar la obligación característica del contrato en cuestión. Si el vendedor es responsable de la calidad y conformidad con el contrato de la mercancía, que es el resultado de su actividad, tal*

²⁸ C-322/14, de 21 de mayo de 2015, disponible en CURIA - Documentos (europa.eu).

²⁹ C-548/12, de 13 de marzo de 2014, disponible EUR-Lex - 62012CJ0548 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

³⁰ C-196/15 STJUE *Granarolo*, de 14 de julio de 2016 [disponible en CURIA - Documentos (europa.eu)].

³¹ C-381/08, de 25 de febrero de 2010, disponible en CURIA - Lista de resultados (europa.eu).

responsabilidad hará que la balanza se incline en el sentido de calificar el contrato como «contrato de compraventa de mercaderías». En cambio, si el vendedor únicamente es responsable de realizar una ejecución correcta siguiendo las instrucciones del comprador, tal circunstancia aboga más bien en favor de calificar el contrato como «prestación de servicios»” (cdo. 42). No obstante, la cuestión central deviene la aplicación del foro de competencia contenido en la norma del artículo 7.1º RB-I bis. Esto es, el criterio de naturaleza territorial que sirve para vincular el supuesto con una jurisdicción concreta. La solución general, inicialmente manejada para todo tipo de contratos, hace referencia al “lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda”. La complejidad que reviste la aplicación de este criterio deriva, por un lado, de la necesidad en primer lugar de determinar cuál es la obligación que sirve de base a la acción judicial, lo que puede resultar difícil en los denominados contratos complejos, de los cuales nacen multitud de obligaciones para las partes. Pero, por otro lado, una vez identificada esa obligación, hay que concretar además su lugar de cumplimiento, que será, en primer lugar, el señalado por las partes en su contrato. En ausencia de tal indicación, habrá que fijarlo conforme a alguna ley, lo que abre un problema de Derecho aplicable dentro del propio de competencia. Con el agravante de que se acabó imponiendo por el TJUE la denominada “solución analítica”; esto es, no en favor de aplicar aquí derecho del foro (lo que hubiera supuesto cierta simplificación), sino la ley rectora del propio contrato; la cual, a su vez, en ausencia de identificación voluntaria en el mismo por sus firmantes, conduce a la norma sobre determinación en defecto de elección contenida, eventualmente, en el RR-I. Una vez determinada la ley aplicable según el mismo, dentro de la que resulte identificada, habrá que buscar el lugar de cumplimiento de esa obligación que sirve de base a la demanda, los órganos de cuyo territorio serán competentes, cerrando así el complejo círculo que reclama la aplicación de este artículo.

21. Dada la dificultad que acarrea el diseño jurídico expuesto para el caso general, se operó, como es bien conocido, una modificación destinada a incorporar una solución más sencilla en el RB-I bis para los contratos que implican mayor tráfico jurídico dentro de la U.E.; que son, precisamente, los que aquí nos ocupan, esto es, el de compraventa y el de prestación de servicios. Para ellos, el legislador introdujo una presunción sobre el lugar de cumplimiento que evita tener que recurrir al alambicado sistema descrito en el párrafo anterior; estableciendo que, en defecto de pacto en contra, en el caso de la compraventa, dicho lugar es el lugar es aquél donde, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías y, en el caso de la prestación de servicios, el lugar donde hayan sido o deban ser prestados los servicios. Esta solución no solo aligera la complejidad, en lo que se atañe a los contratos de compraventa y prestación de servicios tradicionales; sino que, además, es también útil para evitar problemas en el marco de la digitalización, pues identifica un lugar físico único cuya localización, salvo casos límite, difícilmente resultará compleja a la hora de permitir la atribución de competencia cuando, en defecto de sumisión expresa o domicilio del demandado, resulte necesario acudir a la norma especial por razón de la materia contractual. Ciertamente, a la vista de la redacción de la norma señalada, los problemas de localización que puede plantear el supuesto en los casos de compraventa, incluso la ejecutada completamente en línea, se reducen sensiblemente. No obstante, con la salvedad ya expuesta sobre el límite a su extensión por analogía, el STJUE ofrece una pauta interpretativa -que puede servir de inspiración para afrontar ciertas situaciones dudosas- en la ya mencionada STJUE *Car Trim*, y que reitera, más completa, la STJUE *Electrosteel*³², donde se falló que “*en caso de venta por correspondencia, el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías habrá de determinarse basándose en lo que disponga el propio contrato. A fin de comprobar si el lugar de entrega está determinado «según el contrato», el órgano jurisdiccional nacional que conozca del asunto debe tener en cuenta todos los términos y todas las cláusulas pertinentes de dicho contrato que designen de manera clara dicho lugar, incluidos los términos y cláusulas generalmente reconocidos y consagrados por los usos mercantiles internacionales, como los Incoterms (...). Si resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de entrega, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud de la cual el comprador adquirió o hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa*”.

³² C-87/10 de 9 de junio de 2011, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-87/10>.

22. Por su parte, en el caso concreto de la prestación de servicios en un entorno digital, podría darse con mayor facilidad que en la compraventa de mercancías alguna situación en que resultase complicado determinar dónde acontece la prestación del servicio. Al menos, será así cuando ésta se lleve a cabo en varios EE.MM. o, incluso, íntegramente en línea, como puede acontecer, por ejemplo, en la nube o en un entorno virtual. Tales situaciones obligarían, en última instancia, tal y como prevé el propio Reglamento Bruselas I, a renunciar a la aplicación del criterio específico y adoptar la denominada solución analítica, ya expuesta, con la complejidad añadida de tener que determinar, según la ley que le resulte aplicable, el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda. Dicho lugar podrá resultar claro en ciertos supuestos, como, por ejemplo, reclamaciones basadas en el de pago de un precio; pero, en otros casos, podrá persistir la indeterminación. Esto aconseja buscar pautas de interpretación sobre el concepto del “lugar de prestación del servicio”, lo que nos conduce, de nuevo, a la jurisprudencia del TJUE (obviamente, con la salvedad ya apuntada en torno a su límite de aplicación por analogía). En la STJUE *Zurich Insurance*³³, se falló que “en un contrato de transporte de una mercancía entre Estados miembros en varias etapas, con escalas, y por medio de diferentes medios de transporte, como el controvertido en el litigio principal, tanto el lugar de expedición como el lugar de entrega de la mercancía constituyen lugares de prestación del servicio de transporte en el sentido de dicha disposición”. No obstante, en la STJUE *Wood Floor*³⁴ ya se había establecido que “en caso de prestación de servicios en varios Estados miembros, el órgano jurisdiccional competente para conocer de todas las demandas basadas en el contrato es el de la jurisdicción en la que se encuentra el lugar de la prestación principal de los servicios. En el supuesto de un contrato de agencia comercial, este lugar es el de la prestación principal de los servicios del agente, según se desprenda de las cláusulas del contrato y, a falta de tales cláusulas, el del cumplimiento efectivo del contrato y, cuando sea imposible determinarlo sobre tal base, el del domicilio del agente”. El mismo razonamiento se sigue en la STJUE *Saey Home*³⁵; y la STJUE *Saale Karede*³⁶ confirma el domicilio del prestado del servicio como solución residual.

23. Hasta aquí, la situación por lo que se refiere a la competencia judicial internacional para los contratos en general. En lo que concierne a la ley que aplicará el órgano destinado a resolver el eventual litigio, en primer lugar, conviene insistir en el amplio trabajo de unificación material llevado a cabo en este ámbito por lo que se refiere a las condiciones generales del contrato. Aunque no es completo y, por tanto, puede haber aspectos en los que persistan las diferencias legislativas entre EE.MM., lo cierto es que los mecanismos del Derecho internacional privado pasarán a tener un papel secundario en el tráfico sectorial, al menos, por lo que se refiere al mercado interno de la U.E. En segundo lugar, tampoco cabe olvidar que el Reglamento Roma I (RR-I) parte del principio de autonomía de la voluntad de las partes a la hora de poder fijar dicha ley, con contados condicionantes y limitaciones (salvo en el caso, como se verá, de cierto tipo de contratos, entre los que se encuentran los de consumo). Por todo ello, la aplicación del sistema de presunciones que se establece en dicho instrumento, al menos, en relación con los contratos de compraventa y prestación de servicios, resulta ciertamente residual y puede aventurarse, de cara al futuro, que también lo será en el marco de la digitalización, en cuanto a este tipo de relaciones. Así, en defecto de autonomía de la voluntad (normalmente expresa, pero que puede deducirse tácitamente, según establece el propio RR-I) el criterio general es la localización del contrato en el ordenamiento donde reside habitualmente la parte que debe realizar la prestación característica del mismo. No obstante, dicho criterio se concreta de forma específica para cierto tipo de contratos, en el artículo 4.1º, entre los que se encuentran precisamente el de compraventa y el de prestación de servicios. De este modo, respectivamente, en defecto de elección, el primero se regirá por la ley del país de residencia habitual del vendedor y el segundo por la del país de residencia habitual del prestador del servicio. Esta ley será

³³ C-88/17, de 11 de julio de 2018, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=203903&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=737193>.

³⁴ C-19/09, de 11 de marzo de 2010, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A62009CJ0019>.

³⁵ C-64/17, de 8 de marzo de 2018, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-64/17&language=ES>.

³⁶ C-249/16, de 15 de junio de 2017, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=191809&doclang=ES>.

la que cubra la mayor parte de los aspectos del contrato, dado el amplio ámbito de aplicación que prevé el artículo 12 RR-I.

23. Considerando su carácter universal, establecido en el art. 2 RR-I, la ley declarada aplicable podrá corresponder con la de cualquier Estado, no necesariamente miembro de la U.E. y, en todo caso, si del conjunto de circunstancias se deriva que el contrato presenta vínculos más estrechos con ese país, será esa la ley que se aplique, solución que también se maneja como cierre del sistema para los supuestos en que resulte imposible determinar la ley aplicable conforme a los criterios empleados. En este marco, puede plantear algún problema la conexión elegida para los casos de venta de bienes mediante subasta -lugar donde ésta acontezca- cuando la misma se lleva a cabo en un entorno electrónico y, por tanto, no puede identificarse un lugar físico, en cuyo caso cabrían dos posibilidades al aplicador del RR-I para poder concretar los vínculos más estrechos: o bien recurrir al mismo criterio que se mantiene para la venta de bienes y entender que aquéllos concurren en la residencia habitual del vendedor-; o bien admitir que conducen al lugar de residencia habitual de la persona que organiza y administra el espacio de subastas, si se entiende que la venta se ha desarrollado en el marco de una prestación de servicio (todo ello a salvo de otras posibilidades más claras, como una residencia habitual común de vendedor y comprador en el mismo Estado). Conviene asimismo recordar que, a los efectos de poder determinar la residencia habitual, según el artículo 19 del Reglamento, en caso de asociación o persona jurídica ésta será el lugar de su administración central; mientras que en el de persona física que esté ejerciendo su actividad profesional será el lugar de su establecimiento principal. Cuando el contrato se celebre en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento o si, según el contrato, la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia o establecimiento, se considerará el lugar de situación de ésta como residencia habitual que, en todo caso, se determinará en el momento de celebrar el contrato.

B. Contratos con consumidores

24. En lo relativo a la competencia judicial, como parte débil de la relación, los consumidores gozan en el marco del RB-I bis de una especial protección que conduce al empleo exclusivo del régimen contenido en su sección específica, aplicable cuando así lo indique el artículo 17: en caso de contratos celebrados por una persona para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional y que, o bien sean de venta de bienes (o préstamos destinados a financiarla), o bien se celebren con otra parte contratante que ejerza actividades comerciales o profesionales en el E.M. del domicilio del consumidor o que, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho E.M. o a varios, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades. En esa sección, de resultar aplicable, se concentran los tres privilegios básicos de los que disfruta la persona consumidora: solo puede ser demandada ante los órganos jurisdiccionales del EM de su propio domicilio, mientras que puede demandar a su contraparte bien ante éstos, bien ante los del domicilio de aquélla; y, por último, se limita la eficacia de los acuerdos sobre competencia judicial que pudieran haber firmado las partes a los que pudieran ser posteriores al nacimiento del litigio, ampliasen las posibilidades de demanda para en favor del consumidor o coincidiesen con el lugar de domicilio o residencia habitual común de ambas partes. Por su parte, respecto de la ley aplicable, el marco general es el RR-I, donde la preferencia general por la autonomía de la voluntad que dirige sus actuaciones se ve restringida en materia de contratos de consumo; de modo que, aunque las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos exigidos, sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable. Dicha ley, según dispone el artículo 6.1º, será la del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades; concepto éste común al sistema de competencia y sobre el cual resulta el mayor impacto de la digitalización en materia de consumo, como

se verá a continuación respecto de ambos sectores (competencia y ley aplicable). Finalmente, cabe recordar que la ley aplicable a la forma del contrato de consumo, según el RR-I, es la correspondiente al país de residencia habitual del consumidor, según el art. 12.4º.

25. Como se acaba de señalar, el elemento donde reviste mayor impacto la digitalización en este ámbito es la concreción de la frase -común a competencia judicial y ley aplicable, como se acaba de indicar- “*parte contratante (que) ... dirija tales actividades a dicho E.M. o a varios*”, y que ha venido afinando la jurisprudencia del TJUE³⁷. En particular, la STJUE *Pammer*³⁸ señala que para “*determinar si puede considerarse que un vendedor, cuya actividad se presenta en su página web o en la de un intermediario, «dirige» su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor (...) procede comprobar si, antes de la celebración del contrato con el consumidor, de las citadas páginas web y de la actividad global del vendedor se desprende que este último tenía intención de comerciar con consumidores domiciliados en otro u otros EE.MM., entre ellos el del domicilio del consumidor, en el sentido de que estaba dispuesto a celebrar un contrato con ellos*”. A continuación, con gesto poco frecuente, el TJUE detalla en el propio fallo una serie de elementos, en listado no exhaustivo, que entiende pueden constituir indicios susceptibles para considerar la actividad del vendedor como dirigida al EM del domicilio del consumidor: “*el carácter internacional de la actividad, la descripción de itinerarios desde otros Estados miembros al lugar en que está establecido el vendedor; la utilización de una lengua o de una divisa distintas de la lengua o la divisa habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor; con la posibilidad de reservar y de confirmar la reserva en esa otra lengua, la mención de números de teléfono con indicación de un prefijo internacional, los gastos en un servicio de remisión a páginas web en Internet con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor o al de su intermediario a consumidores domiciliados en otros Estados miembros, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros. Corresponde al juez nacional comprobar si existen esos indicios. En cambio, el mero hecho de que pueda accederse a la página web del vendedor o del intermediario en el Estado miembro del domicilio del consumidor es insuficiente. Lo mismo ocurre con la mención de una dirección electrónica y de otros datos o con la utilización de una lengua o de una divisa que son las habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor*”.

26. Junto con la STJUE *Pammer*, en el fallo de la STJUE *Emrek*³⁹, se niega también que deba existir “*una relación causal entre el medio utilizado para dirigir la actividad comercial o profesional al E.M. del domicilio del consumidor, a saber, una página web, y la celebración del contrato con dicho consumidor. No obstante, la existencia de tal relación causal constituye un indicio de vinculación del contrato a tal actividad*”; aunque aquí tal indicio no se considera definitivo: si el consumidor conoció la oferta por otros medios -p. e., otros consumidores- se puede aplicar el art. 17, siempre que se demuestre que el portal *web* del profesional estaba dirigido al EM de residencia del consumidor. Para evitar las críticas a la ampliación del foro que abre esta jurisprudencia y su consecuente carga procesal para los comerciantes en línea, siempre cabe la posibilidad para el comerciante de recurrir al empleo de medios tecnológico para la restricción de acceso o la redirección (algo que se conoce también con el término técnico de “geobloqueo” o “bloqueo geográfico”). Ahora bien, la supresión de las barreras comerciales puede verse también socavada por obstáculos creados por los propios particulares y que son incompatibles con las libertades del mercado interior. Así sucede, por ejemplo, cuando los comerciantes que ejercen su actividad en un EM bloquean o limitan el acceso a sus interfaces en línea, tales como sitios

³⁷ Sobre esta condición, *vid.* A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de Derecho internacional privado de la UE para la regulación de las actividades en Internet”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69/2, julio-diciembre 2017, Madrid, pp. 223-256.

³⁸ De 7 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09, disponible en EUR-Lex - 62008CJ0585 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

³⁹ C-218/12, de 17 de octubre de 2013, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=143184&doclang=ES>.

web y aplicaciones, a clientes de otros EE.MM. que desean realizar transacciones transfronterizas. También sucede cuando determinados comerciantes aplican a esos clientes de otros EE.MM. condiciones generales de acceso diferentes a sus productos y servicios, tanto en línea como fuera de línea. En ciertos casos, tales prácticas restrictivas del acceso podrían justificarse objetivamente, pero no en la mayoría de ellos. Existen así diversas razones por las que empresas (sobre todo, pymes), aplican condiciones generales de acceso diferentes. En muchas ocasiones, los entornos jurídicos divergentes, la incertidumbre jurídica que ello implica, los riesgos asociados a la legislación aplicable en materia de protección de los consumidores, la legislación en materia de medio ambiente o etiquetado, las cuestiones tributarias y fiscales, los gastos de entrega o los requisitos lingüísticos, contribuyen a que los comerciantes sean reacios a entablar relaciones comerciales con los clientes de otros EE.MM. En otras ocasiones, los comerciantes segmentan artificialmente el mercado interior según las fronteras interiores y dificultan la libre circulación de mercancías y servicios, limitando los derechos de los clientes e impidiéndoles disfrutar de posibilidades de elección más amplias y unas condiciones óptimas. Estas prácticas discriminatorias contribuyen al nivel relativamente bajo de transacciones transfronterizas en la UE, incluso en el sector del comercio electrónico, impidiendo alcanzar el pleno potencial de crecimiento del mercado interior.

27. Ante la posibilidad de que el recurso a tales medios de geobloqueo pueda originar un fraccionamiento del mercado interior, se acordó la aprobación del Reglamento 2018/302/UE, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior⁴⁰. El Reglamento pretende determinar las situaciones en que no puede haber ninguna justificación para un trato diferenciado, aportando así claridad y seguridad jurídica a cuantos participan en las transacciones transfronterizas, garantizando la aplicación y el cumplimiento efectivo de normas contra la discriminación en todo el mercado interior. Con todo, el legislador comunitario, pensando en ser coherente con la jurisprudencia del TJUE, pero tratando quizás también de contrarrestar los efectos de la STJUE *Emrek*, dispone que este Reglamento 2018/302/UE debe entenderse sin perjuicio del Derecho de la Unión relativo a la cooperación judicial en materia civil y, en particular, de las disposiciones sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y sobre la competencia judicial establecidas en el RR-I y el RB-I bis, respectivamente. En particular, como se señala en el considerando 13, del mero hecho de que un comerciante cumpla el Reglamento sobre bloqueo geográfico no debe derivarse que dirige sus actividades al EM del consumidor, en el sentido del artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento RI y/o del artículo 17, apartado 1, letra c), del RB-I bis. Por consiguiente, que el comerciante no bloquee o no limite el acceso a una interfaz en línea por los consumidores de otro EM, no aplique condiciones generales de acceso diferentes en los casos previstos en el Reglamento 2018/302/UE, o no aplique condiciones distintas a las operaciones de pago entre los diversos medios de pago aceptados, no debe, por sí mismo, dar a entender que el comerciante dirige sus actividades al EM del consumidor a efectos de determinar la ley aplicable y la competencia judicial. Tampoco cabe interpretar, únicamente por dichos motivos, que el comerciante dirige sus actividades al EM donde el consumidor tiene su domicilio o residencia habitual, cuando aquél facilita información y asistencia al consumidor tras la celebración del contrato, conforme a las obligaciones que le incumben en virtud del Reglamento sobre bloqueo geográfico⁴¹.

⁴⁰ De 28 de febrero de 2018, por el que se modifican los Reglamentos (CE) 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, *DOUE* n° 60, de 23 de marzo de 2018. Este aspecto ya se trató en M. A. MICHINEL ÁLVAREZ, “El Derecho internacional privado en la era postcovid”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13 n° 1, 2021, pp. 493-528.

⁴¹ Asimismo, cabe recordar que, en el marco de la economía de plataformas, el recurso por parte de los consumidores a mecanismos alternativos de solución de conflictos está alterando tanto el papel de los reguladores como el suyo propio. Esta narrativa se amplifica además con la introducción de tecnologías digitales en la gestión de disputas (ODR). Ahora bien, el objetivo principal de las plataformas digitales no es ofrecer un modelo de ODR exitoso, sino más bien proporcionar un lugar para la resolución de conflictos como complemento orgánico de las transacciones que se realizan a través de aquéllas. Para superar los desafíos de legitimidad y de procedimiento que plantean estos mecanismos de resolución de litigios en línea, al menos en Europa, tales procedimientos se han dotado con una combinación de garantías procesales ex ante (certificación) y ex post (seguimiento), como muestra la normativa de la UE, a saber: la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, *DOUE* n° 165, de 18 de junio de 2013; así como el Reglamento (UE) 524/2013, de 21 de mayo de 2015, sobre

III. Responsabilidad extracontractual transfronteriza

1. Armonización material

A. El Reglamento de Servicios Digitales (RSD)

28. Desde que se adoptó la Directiva 2000/31/CE⁴² (la «Directiva sobre el comercio electrónico»), han aparecido nuevos e innovadores servicios (digitales) de la sociedad de la información que han transformado la vida cotidiana de los ciudadanos de la Unión y cambiado sus formas de comunicarse, conectarse, consumir y hacer negocios. Ante la necesidad de actualizar dicho marco jurídico, acaba de aprobarse el Reglamento de servicios digitales (RSD)⁴³, destinado a modificar esa Directiva sobre el comercio electrónico. El nuevo RSD tiene como fines: a) contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior de servicios intermediarios; b) establecer unas normas uniformes para crear un entorno en línea seguro, predecible y confiable, en el que los derechos fundamentales consagrados en la Carta estén efectivamente protegidos. Se aplicará a los servicios intermediarios prestados a destinatarios del servicio que tengan su lugar de establecimiento o residencia en la Unión, con independencia del lugar de establecimiento de los prestadores de dichos servicios. El RSD establece normas armonizadas sobre la prestación de servicios intermediarios en el mercado interior. En particular, a) un marco para la exención condicionada de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios; b) normas sobre obligaciones específicas de diligencia debida adaptadas a determinadas categorías específicas de prestadores de servicios intermediarios; c) normas sobre aplicación y ejecución del presente Reglamento, por ejemplo, en relación con la cooperación y coordinación entre autoridades competentes. Sobre la base de los principios esenciales establecidos en la Directiva sobre el comercio electrónico, que mantienen su validez, la propuesta pretende garantizar las mejores condiciones para la prestación de servicios digitales innovadores en el mercado interior, contribuir a la seguridad en línea y la protección de los derechos fundamentales, así como establecer una estructura de gobernanza robusta y duradera para la supervisión efectiva de los prestadores de servicios intermediarios. Se centra en la necesidad de «ofrecer servicios en la Unión»; esto es, hacer posible que las personas físicas o jurídicas de uno o varios EE.MM. utilicen los servicios del prestador de servicios de la sociedad de la información que tenga una conexión sustancial con la Unión. Así, se considerará que existe dicha conexión sustancial cuando el prestador tenga un establecimiento en la Unión y, en ausencia de dicho establecimiento, la determinación de la conexión sustancial se basará en criterios objetivos específicos, como un número significativo de usuarios en uno o varios EE.MM., o el hecho de que se dirijan actividades hacia uno o varios EE.MM.

29. El RSD mantiene las normas de responsabilidad para los prestadores de servicios intermediarios estipuladas en la Directiva sobre el comercio electrónico, interpretadas por el TJUE. También aclara algunos de sus aspectos, a fin de eliminar factores que desincentivan las investigaciones propias de carácter voluntario realizadas por los prestadores de servicios intermediarios para garantizar la seguridad de sus usuarios y despejar su rol desde la perspectiva de los consumidores en determinadas circunstancias; ayudando así a los prestadores innovadores de menor tamaño a ampliar su escala y crecer, gracias a una mayor seguridad jurídica. Asimismo, el RSD determina unas responsabilidades claras para

resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, *DOUE* n° 165, de 18 de junio de 2013. El Reglamento, a diferencia de la Directiva 2013/11, puede aplicarse a la resolución de los conflictos iniciados por un comerciante frente a un consumidor, cuando la ley del E.M. de residencia habitual del consumidor permita que tales conflictos se resuelvan a través de una entidad de resolución alternativa de conflictos, según lo previsto en su art. 284.

⁴² 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* n° 178, de 17 de julio de 2000, pp. 1-16.

⁴³ Reglamento (UE) 2022/2065, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), *DOUE* n° 277, de 27 de octubre de 2022, pp. 1-102.

el EM que supervisa el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en la propuesta de Reglamento por parte de los prestadores de servicios radicados en su territorio, garantizando la máxima rapidez y eficacia en la ejecución de las normas. Se trata de establecer unos procesos sencillos y claros para que tanto los ciudadanos como los prestadores de servicios encuentren alivio en sus interacciones con las autoridades supervisoras. Define unas responsabilidades claras, también en materia de rendición de cuentas, para los prestadores de servicios intermediarios, especialmente, las plataformas en línea como los mercados y las redes sociales; con la imposición de unas obligaciones claras de diligencia debida para determinados servicios intermediarios, como procedimientos de notificación y acción en relación con los contenidos ilícitos y la posibilidad de impugnar las decisiones de moderación de contenidos de las plataformas, tratando de mejorar la seguridad de los usuarios en línea en toda la Unión y reforzando la protección de sus derechos fundamentales. Además, impone a determinadas plataformas en línea la obligación de recibir, conservar y en parte verificar y publicar información sobre los comerciantes usuarios de sus servicios, en aras de garantizar un entorno en línea más seguro y transparente para los consumidores. En reconocimiento del especial impacto que tienen las plataformas en línea de mayor tamaño en nuestra economía y nuestra sociedad, la propuesta establece un nivel más alto de transparencia y rendición de cuentas para los procedimientos de moderación de contenidos utilizados por los prestadores de dichas plataformas, para la publicidad y para los procesos algorítmicos. Impone obligaciones de evaluar los riesgos que sus sistemas presentan para desarrollar herramientas de gestión de riesgos a fin de proteger la integridad de sus servicios frente al empleo de técnicas de manipulación. El umbral operativo de los prestadores de servicios sujetos a estas obligaciones incluye aquellas plataformas en línea que tienen un importante alcance en la Unión, estimado actualmente en más de cuarenta y cinco millones de destinatarios del servicio. Este umbral es proporcional a los riesgos que entraña el alcance de las plataformas en la Unión; cuando la población de la Unión varíe en un determinado porcentaje, la Comisión ajustará el número de destinatarios considerado para fijar el umbral, de modo que se corresponda sistemáticamente con el 10 % de la población de la Unión. Asimismo, se establece un mecanismo de protección de corregulación, que incluye el aprovechamiento de iniciativas voluntarias ya existentes.

30. Tras un capítulo I sobre disposiciones generales, el capítulo II se dedica a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios y, en concreto, en los artículos 3 a 5 se establecen limitaciones de la responsabilidad del prestador de servicio para los supuestos de mera transmisión, memoria tampón (coaching) y almacenamiento de datos, estableciendo las condiciones en que no cabe considerar responsable en cada caso a dicho prestador. En el artículo 6, se disponen las investigaciones voluntarias por iniciativa propia y cumplimiento de la legislación. En el 7, la Inexistencia de obligación general de supervisión o de búsqueda activa de hechos. En el 8, las órdenes de actuación contra contenidos ilícitos y en el 9, las órdenes de entrega de información. El capítulo III establece las obligaciones de diligencia debida para crear un entorno en línea transparente y seguro, señalando en su sección primera las disposiciones aplicables a todos los prestadores de servicios intermediarios (arts. 10 a 13: puntos de contacto, representantes legales, condiciones y obligaciones de transparencia informativa); en su sección segunda, las adicionales aplicables a los prestadores de servicios de alojamiento de datos, incluidas las plataformas en línea (arts. 14 y 15: mecanismos de notificación y acción y exposición de motivos); en su sección tercera, las aplicables a plataformas en línea, con exclusión de microempresas y pequeñas empresas (arts. 17 a 24: sistema interno de tramitación de reclamaciones y resolución extrajudicial de litigios, alertadores fiables, así como medidas y protección contra usos indebidos, notificación de sospechas de delitos y trazabilidad de los comerciantes, junto con las obligaciones de transparencia informativa y sobre publicidad en línea); en su sección cuarta, obligaciones adicionales de gestión de riesgos sistémicos para plataformas de gran tamaño (arts. 25 a 33: sobre evaluación y reducción de riesgos, auditoría independiente y sistemas de recomendación, transparencia adicional sobre publicidad en línea, acceso a datos y escrutinio, encargados de cumplimiento); y en la sección quinta, otras disposiciones de diligencia debida (como códigos de conducta o protocolos de crisis). El capítulo IV se dedica a las normas sobre aplicación, cooperación, sanciones y ejecución (artículos 38 a 70), concluyendo la propuesta con un capítulo de disposiciones finales.

B. El Reglamento de mercados digitales (RMD)

31. Aunque en el mercado digital europeo operan más de 10.000 plataformas en línea, de las cuales la mayoría son pymes, solo un número reducido de grandes plataformas en línea se queda con la mayor parte del valor global generado. Como señala el Reglamento sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (RMD)⁴⁴, las grandes plataformas aparecieron gracias a las características del sector, como los potentes efectos de red, a menudo integradas en sus propios ecosistemas de plataformas, y representan elementos vertebradores clave para la economía digital actual, actuando de intermediario en la mayoría de las transacciones entre usuarios finales y usuarios profesionales. Muchas de estas empresas también rastrean ampliamente y elaboran perfiles sobre usuarios finales. Algunas plataformas grandes actúan cada vez más como puertas de acceso o guardianes de acceso entre los usuarios profesionales y los usuarios finales y gozan de una posición afianzada y duradera, a menudo debida a la creación de ecosistemas de conglomerados en torno a sus servicios de plataformas básicas, lo que refuerza las barreras de entrada existentes. Continuando con el razonamiento que se establece en la PLMD, la poca disputabilidad y las prácticas desleales en el sector digital son más frecuentes y pronunciadas en ciertos servicios digitales que en otros. Así ocurre especialmente con los servicios e infraestructuras digitales generalizados y de uso común que, en su mayoría, son intermediarios directos entre los usuarios profesionales y los usuarios finales. La experiencia muestra una serie de servicios con las siguientes características: i) servicios de plataformas básicas polifacéticos altamente concentrados, donde normalmente una o un número muy reducido de grandes plataformas digitales establecen las condiciones comerciales con una autonomía considerable; ii) un número reducido de grandes plataformas digitales actúan como puertas de acceso para que los usuarios profesionales lleguen a sus clientes y viceversa; y iii) el poder como guardianes de acceso de estas grandes plataformas digitales se utiliza a menudo de manera indebida dando lugar a que los usuarios profesionales y clientes económicamente dependientes reciban un tratamiento injusto.

32. Por lo tanto, el RMD se limita a una serie de «servicios de plataformas básicas» en los que los problemas identificados son más evidentes y prominentes y donde la presencia de un número limitado de grandes plataformas en línea que sirven de puerta de acceso para los usuarios profesionales y los usuarios finales provoca una menor disputabilidad de los servicios y de los mercados en que intervienen. Estos servicios de plataformas básicas incluyen: i) servicios de intermediación en línea (incluidos, por ejemplo, mercados, tiendas de aplicaciones y servicios de intermediación en línea en otros sectores como la movilidad, el transporte o la energía), ii) motores de búsqueda en línea, iii) redes sociales iv) servicios de plataformas de intercambio de vídeos, v) servicios de comunicaciones electrónicas interpersonales independientes de la numeración, vi) sistemas operativos, vii) servicios en la nube y viii) servicios de publicidad, incluidas las redes de publicidad, los intercambios publicitarios y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria, en los que estos servicios de publicidad estén relacionados con uno o más de los demás servicios de plataformas básicas mencionados anteriormente. El objetivo del RMD es “permitir que las plataformas liberen todo su potencial abordando a escala de la UE las incidencias más destacadas de prácticas desleales y de poca disputabilidad, de modo que tanto los usuarios finales como los usuarios profesionales puedan aprovechar al máximo los beneficios de la economía de plataformas y la economía digital en general, en un entorno disputable y equitativo”. Para conseguir este fin último, el RMD acuña el concepto de “guardián de acceso”, que será el proveedor de servicios básicos de plataforma (todos los que se acaban de mencionar) que cumpla las siguientes características: a) tener una repercusión significativa en el mercado interior; b) operar un servicio básico de plataforma que sirve como puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales; y c) tener una posición afianzada y duradera en sus operaciones o previsibilidad de alcanzar dicha posición en un futuro próximo. Para concretar tales características, se establecen una

⁴⁴ Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales), *DOUE* n° 265, de 12 de octubre de 2022, pp. 1-66.

serie de presunciones, sin perjuicio de que la condición de guardián de acceso, una vez calificado como tal, pueda ser objeto de revisión.

33. El contenido esencial del RMD se divide en tres grandes bloques: prácticas de los guardianes de acceso que limitan la disputabilidad o son desleales (capítulo III); investigación de mercado (capítulo IV); y competencias de investigación, ejecución y supervisión. El primer gran bloque se dedica a cuestiones como el establecimiento de las obligaciones de los guardianes de acceso y su cumplimiento; su suspensión y posible exención por razón de orden público, así como su actualización; medidas anti-elusión y las obligaciones de auditoría e información sobre concentraciones. El segundo gran conjunto de medidas abarca la decisión sobre apertura de investigación, así como sus modalidades, que incluyen la relativa a la designación como guardián de acceso, incumplimiento sistemático de obligaciones y la de nuevos servicios y prácticas. El último bloque se refiere a la incoación de procedimientos, la competencia para realizar entrevistas, declaraciones e inspecciones in situ, adopción de medidas provisionales y de compromisos, seguimiento de las medidas, incumplimiento y multas, con la posibilidad de un cumplimiento periódico de las sanciones, así como su plazo de prescripción, tanto para su imposición como para su ejecución. Se establecen cautelas, asimismo, como el derecho a ser oído o de acceso al expediente o la obligación de secreto profesional y se crea el Comité Consultivo sobre Mercados Digitales. Este instrumento no contiene normas de Derecho internacional privado *stricto sensu*, pero, en relación con su ámbito territorial de aplicación, al igual que sucede con otros instrumentos, como el reglamento de servicios digitales, se dispone que se aplicará a los servicios básicos de plataforma prestados u ofrecidos por guardianes de acceso a usuarios profesionales establecidos en la Unión o usuarios finales establecidos o situados en la Unión, independientemente del lugar de establecimiento o residencia de los guardianes de acceso y de la ley aplicable a la prestación del servicio. Por otra parte, los EE.MM. no pueden imponer a los guardianes de acceso obligaciones adicionales mediante leyes, reglamentos o medidas administrativas para garantizar unos mercados disputables y equitativos (sin perjuicio de las normas que persiguen otros intereses públicos legítimos, de conformidad con el Derecho de la Unión; en particular, nada impide a los EE.MM. imponer a las empresas obligaciones compatibles con el Derecho de la Unión); todo lo cual diluye la aplicabilidad en este caso concreto de los mecanismos propios del Derecho internacional privado, considerando el elevado nivel de armonización previsto.

2. El lugar del hecho dañoso como solución general

A. El lugar del hecho dañoso ante los actos ilícitos plurilocalizados

34. Dadas las peculiaridades que reviste la armonización material de la responsabilidad civil en el seno de la U.E., a saber, las profundas disparidades sectoriales de contenido entre los sistemas de los EE.MM., así como la gran variedad de supuestos que se incluyen dentro de este sector del ordenamiento jurídico; si a ello sumamos además el papel mucho menor que desempeña la autonomía de la voluntad en este ámbito de las relaciones privadas transfronterizas de contenido patrimonial, cobran aquí particular interés e importancia, a diferencia de lo que sucede en materia contractual, las técnicas propias del Derecho internacional privado, como muestra la abundante jurisprudencia del TJUE, en concreto, la que se ha dedicado a interpretar el concepto nuclear en el sector; esto es, el “lugar del hecho dañoso”, presente tanto en las normas de competencia judicial internacional como de ley aplicable. Así, de un lado, el art. 7.2º del RB-I bis atribuye competencia “en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso”; y, con mayor detalle, la regla general contenida en el art. 4 del Reglamento 864/2007, de 11 de julio de 2007, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), señala que “la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión”. Cabe señalar también que este concepto ha sido interpretado reiteradamente por la jurisprudencia del TJUE

desde hace décadas y, en este sentido, aunque la mayor parte de las sentencias hacen referencia a la competencia judicial, muchos de sus desarrollos son trasladables al ámbito de la ley aplicable -salvando la ya mencionada imposibilidad de su aplicación analógica-; como, de hecho, así ha sucedido, precisamente, con esa redacción conferida a esa regla general contenida en el art. 4 RR-II. Puesto que uno de los factores de complejidad -que, además, se multiplica considerablemente en el caso de la digitalización, como se verá, es la posible disociación entre el lugar del acto generador del hecho dañoso y aquél donde se causan los daños, fenómeno conocido como “actos ilícitos plurilocalizados”⁴⁵.

35. Este tipo de casos fue abordado por primera vez en la célebre STJUE *Mines de Potasse*⁴⁶, que tuvo el valor fundamental de mostrar la diferencia entre el lugar de comisión del acto causal de un daño (*Handlungsort*, en terminología alemana) y el lugar de producción de sus efectos (*Erfolgsort*), en cuanto a la atribución de competencia se refiere. El TJUE reconoció al demandante la opción de ejercitar su acción, bien en el lugar donde se materializó el daño, bien en el lugar en el que se produjo el hecho causante; explicando que ambos lugares pueden constituir, según los casos, una conexión relevante, al poder proporcionar indicaciones particularmente útiles desde el punto de vista de la prueba y de la sustanciación del proceso. Elegir únicamente el lugar del hecho causante llevaría, en un número apreciable de casos, a una confusión con criterio de competencia del domicilio del demandado, de modo que el (actual) artículo 7.2º RB-I perdería, por dicha razón, su efecto útil. A partir de aquí, las interpretaciones de esta conexión han sido numerosas por parte del TJUE, para afinar con gran precisión cuándo procede y cuándo no la atribución de competencia en función de aquélla, en casos de disociación entre el lugar de la acción causal y el lugar donde se sufre el daño. Así, en sentido negativo, la STJUE *Marinari*⁴⁷, excluyó el lugar de producción de los daños indirectos como conexión para determinar la competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil derivada de los mismos, pues la necesaria relación de causalidad entre el acto lesivo y el daño se rompía en estos casos. Por ello, el concepto de “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” no debía incluir el lugar en el que la víctima alegaba haber sufrido un perjuicio patrimonial consecutivo a un daño inicial sobrevenido y sufrido por ella en otro Estado. Esta jurisprudencia se confirmó en la STJUE *Kronhofer c. Maier*⁴⁸. Más recientemente, en sentido parecido, la STJUE *Universal Music*⁴⁹, estableció que “no puede considerarse como «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso», a falta de otros puntos de conexión, el lugar situado en un Estado miembro donde se haya producido un daño, cuando tal daño consiste exclusivamente en una pérdida económica que se materializa directamente en la cuenta bancaria del demandante y que es consecuencia directa de un acto ilícito cometido en otro Estado miembro”. Por su parte, en sentido positivo, la STJUE *Zuid-Chemie c. Philippo's Mineralenfabrik*⁵⁰, interpretó que “los términos «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» designan el lugar donde ha sobrevenido el perjuicio inicial a consecuencia de la utilización normal del producto para la finalidad a la que está destinado”. Otro ejemplo, entre varios, de afirmación de la competencia es la STJUE *ÖFAB c. Kooß*⁵¹, donde se interpretó que, “por lo que se refiere a demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un miembro del consejo de administración y de un accionista de una sociedad anónima por deudas de dicha sociedad, el citado lugar se sitúa en el lugar con el que tienen un nexo las actividades desarrolladas y la situación económica relativa a dichas actividades”, aludiendo de nuevo al concepto de “lugar de hecho dañoso”.

⁴⁵ Vid., sobre esta clase de actos, más ampliamente en M. A. MICHINEL ÁLVAREZ, “La ley aplicable a la responsabilidad civil por daños ambientales en el Reglamento Roma II”, *Desarrollo económico, protección ambiental y bienestar social: el Derecho de la sostenibilidad desde la perspectiva hispano-cubana* (M. A. MICHINEL ÁLVAREZ y R. A. VELÁZQUEZ PÉREZ, eds.), Madrid, Dykinson, 2011, pp. 33-49.

⁴⁶ C-21/76, de 30 de noviembre, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI%3A EU%3AC%3A1976%3A166>.

⁴⁷ C-364/93, de 19 de septiembre de 1995, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A A61993CJ0364>.

⁴⁸ C-168/02, de 10 de junio de 2004, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62002CJ0168>.

⁴⁹ C-12/15, de 16 de junio de 2016, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A62015 CJ0012>.

⁵⁰ C-189/98, de 16 de julio de 2009, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0189>.

⁵¹ C-147/12, de 18 de julio de 2013, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=139747&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17632>.

B. La jurisprudencia del TJUE materia de protección de la intimidad

36. De todas formas, han sido los casos en materia de protección de la intimidad los que han generado jurisprudencia más abundante, hasta el momento, a la hora de concretar la atribución de competencia en función del lugar del hecho dañoso, al menos, en lo que concierne al impacto de la digitalización de bienes y servicios en materia de responsabilidad extracontractual transfronteriza (aspecto que, cabe recordar, está en cambio excluido -a los efectos de la determinación de la ley aplicable- del ámbito material del RR-II). Todo comenzó con la STJCE *Fiona Shevill*⁵². Se trataba aquí de una demanda de indemnización por vulneración del derecho al honor, planteada por una ciudadana inglesa contra una editorial francesa que publicaba una revista comercializada en varios países de Europa. El Tribunal de Justicia declaró que, en el caso de difamación propagada por un artículo de prensa difundido en el territorio de varios Estados contratantes, sólo puede ser considerado lugar del hecho causal el establecimiento del editor de la publicación controvertida, ya que constituye el lugar de origen del hecho dañoso, a partir del cual la difamación se ha manifestado y difundido. Ahora bien, en lo que respecta al lugar de materialización del perjuicio, según la jurisprudencia Shevill, dicho lugar será aquél donde el hecho causal que genera la responsabilidad delictual o cuasidelictual haya producido sus efectos dañosos en relación con la víctima. Por tanto, en el supuesto de una difamación internacional a través de la prensa, el ataque al honor, a la reputación y a la consideración de una persona física o jurídica, el daño se manifiesta en todos los lugares en que la publicación ha sido difundida, cuando la víctima es allí conocida. No obstante, el Tribunal establece una salvedad importante: cuando el daño es plurilocalizado, los tribunales de cada Estado del lugar de materialización del daño sólo pueden conocer de los daños materializados en su propio Estado. El único tribunal que puede conocer de demandas de indemnización por la totalidad del daño es el del lugar del acto generador.

37. De lleno ya en el entorno digital, la STJUE *e-Date Advertising c. Olivier Martínez*⁵³ entendió que “*en caso de que se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante el contenido publicado en un sitio de Internet, la persona que se considera lesionada puede ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del emisor de esos contenidos, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su centro de intereses [de la víctima]. Esa persona puede también, en vez de ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, ejercitar su acción ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible. Dichos órganos son competentes únicamente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se haya acudido*”. Más recientemente, la STJUE *Bolagsupplysningen c. Svensk Handel*⁵⁴ indica que “*una persona jurídica, que afirma que la publicación de información inexacta sobre ella en Internet y la no supresión de comentarios que la afectan han vulnerado sus derechos de la personalidad, puede presentar una demanda al objeto de obtener la rectificación de dicha información, la supresión de esos comentarios y la reparación de la totalidad del perjuicio sufrido ante los tribunales del Estado miembro en que se halla su centro de intereses*” y que, cuando “*la persona jurídica ejerce la mayor parte de sus actividades en un Estado miembro distinto del de su domicilio, esta persona jurídica puede, basándose en el lugar en que se ha materializado el daño, demandar en ese otro Estado miembro al presunto autor de la lesión*”, pero “*no puede presentar una demanda al objeto de obtener la rectificación de esa información y la supresión de esos comentarios ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio la información publicada en Internet sea o haya sido accesible*”.

⁵² C-68/93, de 8 de abril de 1995, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61993CJ0068&from=EN>.

⁵³ C-509/09 y C-161/10, de 25 de octubre de 2011, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=111742&doclang=ES>.

⁵⁴ C-194/16, de 17 de octubre de 2017, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=195583&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1>.

38. Cabe aportar dos sentencias muy recientes, ambas de 2021, que han matizado las interpretaciones anteriores. La primera, en la STJUE *Mittelbayerischer Verlag*⁵⁵, donde se falló (modulando la STJUE *e-Date*) que el órgano del lugar en el que se encuentra el centro de intereses de quien alega que sus derechos de personalidad han sido vulnerados por un contenido publicado en un sitio de Internet es competente para conocer, por la totalidad del daño alegado, de una acción de responsabilidad interpuesta por esa persona, pero solo si ese contenido permite identificar, directa o indirectamente, a dicha persona como individuo. El otro asunto es la STJUE *Gtflix TV*⁵⁶, donde se interpretó (corrigiendo así la STJUE *Bolagsupplysningen*) que una persona que, al considerar que se ha producido una vulneración de sus derechos por la difusión de comentarios denigrantes a su respecto en Internet, actúa simultáneamente en aras, por una parte, de la rectificación de la información y la supresión de los contenidos publicados en línea que se refieren a ella y, por otra parte, de la reparación del perjuicio resultante de dicha publicación en línea puede solicitar, ante los tribunales de cada E.M. en cuyo territorio sean o hayan sido accesibles esos comentarios, la indemnización del perjuicio que se le haya causado en el E.M. del órgano jurisdiccional ante el que se haya entablado el litigio, aunque esos tribunales no sean competentes para conocer de la demanda de rectificación y supresión. Finalmente, quizás la STJUE *Glawischnig-Piesczek c. Facebook*⁵⁷ es la que mayor impacto ha causado en el sector, al interpretar el artículo 15.1º de la Directiva 2000/31/CE, 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). Se entiende que dicho artículo no se opone a que un tribunal de un E.M. pueda: a) obligar a un prestador de servicios de alojamiento de datos a suprimir los datos que almacene, y cuyo contenido sea idéntico al de una información declarada ilícita con anterioridad, o a bloquear el acceso a ellos, sea quien fuere el autor de la solicitud de almacenamiento de tales datos; b) obligar a un prestador de servicios de alojamiento de datos a suprimir los datos que almacene, y cuyo contenido sea similar al de una información declarada ilícita con anterioridad, o a bloquear el acceso a ellos, siempre que la supervisión y la búsqueda de los datos a los que se refiere tal medida cautelar se limiten a aquellos datos que transmitan un mensaje cuyo contenido permanezca esencialmente inalterado con respecto al que dio lugar a la declaración de ilicitud y que contenga los elementos especificados en la medida cautelar acordada, y en la medida en que las diferencias en la formulación de dicho contenido similar al que caracteriza a una información declarada ilícita con anterioridad no puedan obligar al prestador de servicios de alojamiento de datos a realizar una apreciación autónoma de ese contenido; y c) obligar a un prestador de servicios de alojamiento de datos a suprimir los datos a los que se refiera la medida cautelar acordada o a bloquear el acceso a ellos a nivel mundial en el marco del Derecho internacional pertinente.

3. Supuestos especiales de responsabilidad civil transfronteriza

A. Derecho de autor

39. El empleo de un soporte físico (o “*corpus mechanicum*”) como elemento que hace perdurable la acción creadora (o “*corpus mysticum*”) conduce a una correlación entre actividad artística y tecnología. Los creadores se sirven de los adelantos técnicos que permiten mejorar su actividad creativa y/o la mayor difusión de sus obras. Esta simbiosis es obvia desde la antigüedad, aunque el gran salto exponencial fue la invención de la imprenta en el año 1453, comparable, siglos después, a la aparición de los satélites de comunicación o de Internet, en la actualidad. El número y la difusión de los ejemplares de obras literarias y musicales han ido desde entonces en un aumento paralelo al incremento de su circulación transfronteriza, de modo que, hoy día, cada Estado dispone de su propio sistema de protección de la propiedad intelectual (a salvo de ciertos acuerdos internacionales que establecen un mínimo de

⁵⁵ C-800/19, de 17 de junio, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:62019CJ0800>.

⁵⁶ C-251/20, de 21 de diciembre de 2021, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&td=ALL&num=C-251/20>.

⁵⁷ C-18/18, de 3 de octubre de 2019, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0018>.

obligaciones y de la armonización en el marco de la U.E.). Cuando aparecen en este sector relaciones jurídicas con elemento extranjero -por ejemplo, porque el objeto es la explotación de una creación intelectual de un autor extranjero, o una obra artística es explotada en el territorio de un Estado distinto de su país de origen- hay que diseñar un sistema que indique el ordenamiento que concederá la protección requerida y con qué extensión lo hará. En general, la construcción del sistema de protección internacional de los derechos de autor se ha orientado hacia dos grandes modelos enfrentados: por un lado, se puede admitir que los derechos concedidos por la creación de una obra deben ser respetados dondequiera que la misma pueda explotarse, pretendiendo favorecer así la seguridad jurídica del titular de aquéllos. Este modelo conferiría un carácter universal a los derechos de autor, de ahí que esta tendencia se denomine universalismo⁵⁸. Frente a esta aproximación al problema, también se puede partir de que el autor adquiere sólo un haz de derechos, una protección fraccionada según los diferentes Estados donde aquéllos pretendan ejercitarse: es el modelo del territorialismo⁵⁹. Cada uno de estos modelos se halla necesariamente condicionado por el diseño de la norma elegida para decidir sobre la ley aplicable a la protección del Derecho de autor. En el universalismo, se requiere una ley que rija para cualquier territorio (o todos) las relaciones que se ciernan sobre la propiedad intelectual de una obra, pretendiendo así conseguir ese estatuto jurídico unitario que permita al autor saber, en todo momento, cuáles son sus derechos sobre la concreta obra; en suma, se trata de determinar el país de origen de la misma. Frente al universalista, en virtud del modelo territorialista de protección del Derecho de autor, los creadores adquieren respecto de sus obras un haz de derechos (“*Bundelstheorie*”), fragmentándose éstos según la protección otorgada en cada Estado. El centro del debate es aquí la determinación del denominado “país de protección”, vínculo que se utiliza como punto de conexión nuclear del sistema. Las soluciones basadas en un sistema territorialista de protección son las que han prevalecido hasta el momento, como refleja, por ejemplo con el artículo 8.1º RR-II⁶⁰, al declarar aplicable la ley del país “para cuyo territorio se reclama la protección”.

40. En materia de competencia judicial internacional, no se discute que el foro especial de competencia contenido en el artículo 7.2º del RB-I bis, ya mencionado, incluye los supuestos de responsabilidad basada en acciones para obtener protección ante vulneraciones de los derechos de autor. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación del “lugar del hecho dañoso” se ha centrado en determinar la determinación y el alcance de la jurisdicción de los órganos de los EE.MM. de la U.E. en caso de purilocalización del acto ilícito; esto es, como ya se vio, los casos en que exista una disociación entre el lugar de la acción causal y el lugar o lugares donde se sufren las consecuencias directas del daño, situación muy frecuente en el ámbito de las relaciones en línea que involucran actos no autorizados sobre bienes protegidos. De este modo, hasta ahora, la interpretación se ha basado en dos elementos: concreción del lugar de materialización del daño por la mera accesibilidad (p. e., al sitio de Internet involucrado) desde el territorio donde actúa el órgano competente⁶¹; y limitación de la competencia judicial a los daños causados en el Estado de situación del órgano competente. Como explica el TJUE, la redacción del artículo 7.2º RB-I bis no incluye, a diferencia de lo que sucede con los consumi-

⁵⁸ Clásicos dentro del universalismo son los trabajos de G. KOUMANTOS, “Le droit international privé et la Convention de Berne”, *DA*, 1988, pp. 439-453 o “Sur le droit international privé du droit d’auteur”, *Il Diritto d’autore*, 1979, pp. 617-637. Una postura actual más matizada es la que sostiene H. SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 5ª ed., Tübingen, Mohr, 2010, margs. 806-808, quien también aboga por el universalismo como modelo de futuro.

⁵⁹ Un ejemplo de planteamientos territorialistas, cuyo influjo perdura en esencia hoy día, es la obra de E. ULMER, *Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht*, Berlin, München, Köln, Heymann, 1975. La bibliografía a este respecto es ingente. Una selección de bibliografía muy completa y actualizada se encuentra en P. KATZENBERGER, “Teil 5. Anwendungsbereich, Übergangs- und Schlussbestimmungen”, *Urheberrecht Kommentar* (Schricker/Loewenheim dirs.), 6ª ed., München, C. H. Beck, 2020, vor. § 120. Otra muestra ofrece P.E. GELLER, “International Copyright: The Introduction”, Lionel Bently (ed.), *International Copyright Law and Practice*, LexisNexis, 2018 (disponible en https://pgeller.com/Paul_Geller-International_Copyright.pdf).

⁶⁰ Sobre esta norma, de forma monográfica en España, *vid.* G. PALAO MORENO, “La protección de los derechos de propiedad intelectual en Europa: el artículo 8 del Reglamento Roma II”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, nº 24, 2008, pp. 557-571.

⁶¹ *Vid.* los asuntos C-170/12, STJUE *Pinckney*, de 3 de octubre de 2013 (disponible en CURIA - Documentos (europa.eu) y C-441/13 STJUE *Hedjuk*, de 22 de enero de 2015 (disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=161611&doclang=ES>).

dores, el concepto de “actuación dirigida”; de ahí que el Tribunal de Justicia interprete que la mera accesibilidad desde el territorio en que actúa el órgano competente al espacio virtual en donde se cometió la presunta vulneración baste para atribuir competencia a los órganos de ese Estado. En verdad, es difícil, en muchas situaciones que involucran los derechos de autor, establecer un mecanismo que permita decidir con claridad si hay una “actuación dirigida” hacia el territorio de ese Estado, lo que comprometería una conexión basada ese criterio, más restrictivo para la competencia. Se justifica limitarla a los daños causados en el propio territorio, basándose en que tal órgano está “*en mejores condiciones de valorar, por una parte, si efectivamente se han vulnerado esos derechos garantizados por el Estado miembro de que se trate y, por otra parte, para determinar la naturaleza del daño causado*”⁶².

41. Tradicionalmente, es cierto que el acto causal del daño suele coincidir con el domicilio o residencia habitual de su causante. De ahí que, para no favorecer excesivamente al demandante, se le permita reclamar también ante el órgano del lugar donde se materializa el daño (que, normalmente, coincidirá con el de su propio domicilio o residencia habitual); pero solo por los daños causados en dicho territorio, mientras que el juez del lugar del acto causal (que, normalmente, será el del domicilio del demandado) es quien puede conocer del conjunto de daños causados en varios Estados. Parece claro que este esquema encaja con la realidad que revisten hoy día los atentados en Internet contra el derecho de autor; los cuales, por otra parte, se encuadran dentro de lo que se ha denominado una “territorialidad relativa”. Así, ante la ausencia de una correlación directa entre el juez competente y su propio derecho, que puede acarrear una laguna de regulación, la interpretación correcta del principio de territorialidad reclama, en estos casos, la aplicación de un mosaico de legislaciones por parte del juez competente en función del acto causal, según el daño causado en cada territorio para el que se reclama protección. No obstante, cabe considerar aquí el giro impuesto por la Directiva (UE) 2019/789⁶³. La Directiva establece normas destinadas a mejorar el acceso transfronterizo a un mayor número de programas de radio y televisión, facilitando la obtención de derechos para a) la prestación de servicios en línea que son accesorios a la emisión de determinados tipos de programas de radio y televisión, así como b) para la retransmisión de programas de radio y televisión. En relación con el primer grupo de supuestos, presenta como novedad la introducción del principio del país de origen, en lugar de la habitual territorialidad.

42. Así, a efectos del derecho de autor y derechos afines, según el artículo 3.1º, se consideran producidos únicamente en el Estado de origen (esto es, donde el organismo de radiodifusión tenga su establecimiento principal) los actos de comunicación al público -y de puesta a disposición del mismo- de obras u otras prestaciones protegidas, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, que le permitan acceder a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno elija, y que se producen cuando se ofrece al público cierto tipo de programas en un servicio accesorio en línea por parte de un organismo de radiodifusión, o bajo su control y responsabilidad. Asimismo, se consideran producidos en el Estado de origen los actos de reproducción de dichas obras u otras prestaciones protegidas que sean necesarios para la prestación de dicho servicio en línea, el acceso a él o su utilización para los mismos programas. No obstante, a la hora de fijar el importe del pago de los derechos sujetos al principio del país de origen las partes tendrán en cuenta todos los aspectos del servicio accesorio en línea, tales como las características de dicho servicio accesorio en línea, incluida la duración de la disponibilidad en línea de los programas ofrecidos por ese servicio, la audiencia y las versiones lingüísticas disponibles. Ello no excluirá la opción de calcular el importe de los pagos que deben abonarse, sobre la base de los ingresos de los organismos de radiodifusión (artículo 3.2º). Finalmente, el principio del país de origen tampoco supondrá ningún perjuicio para la libertad contractual de los titulares de derechos y los organismos de radiodifusión para acordar la introducción de límites a la explotación de esos derechos (artículo 3.3º).

⁶² STJUE *Hedjuk, cit.*, considerando 37 y STJUE *Pinckney, cit.*, considerando 46.

⁶³ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, y por la que se modifica la Directiva 93/83/CEE (DOUE nº 130, de 17 de mayo de 2019). Disponible en <https://www.boe.es/doue/2019/130/L00082-00091.pdf>

Esta normativa posiblemente permita una interpretación más flexible y ajustada, por parte del TJUE, a la hora de identificar el país donde se genera el acto causal del daño con el de origen de la obra; posibilitando así a los órganos de tal Estado -que coincidiría, en general, con el del domicilio del demandado- conocer de reclamaciones por la totalidad del daño sufrido en diferentes territorios; sin tener que limitar tan restrictivamente el ámbito competencial del órgano que conoce de este tipo de asuntos como en la interpretación empleada hasta la fecha y que se acaba de poner de relieve.

43. Para la puesta a disposición del público *on-line* de obras protegidas, el mecanismo usual consiste en alojar la obra de que se trate -bajo la forma de archivo informático- en un servidor o *host*; lo que permite, desde el mismo, bien a un usuario descargar tal archivo en una terminal de su elección, para su uso y/o disfrute durante un período limitado o ilimitado; bien el intercambio entre diferentes usuarios. A tal fin, cuando se trata de un proveedor de archivos -titular del derecho de autor-, la herramienta jurídica empleada generalmente por éste con su cliente suele consistir en la concesión a aquél de una licencia de uso, que incluye, en su caso, el derecho de reproducción, y que es susceptible, en ocasiones, de ser cedida a un nuevo usuario. La calificación de esta clase de relación jurídica plantea, ante todo, la pregunta de si tales hechos son subsumibles bajo el supuesto amparado por el derecho de comunicación pública; o si, por el contrario, deberán serlo en el marco del derecho de distribución, con las diferentes consecuencias que derivarían en cada caso. En este sentido, dos elementos presentes en nuestra regulación abonan la orientación de este tipo de supuestos hacia la primera opción: por un lado, la exigencia de una falta de distribución previa de ejemplares, presente en el párrafo inicial del artículo 20 LPI; y, por otro lado, la redacción conferida al apartado i) del párrafo segundo del propio artículo 20 LPI. En dicho apartado quedaría fijada, con carácter general, la responsabilidad del denominado *uploader*, como se conoce a quien se encarga de subir a Internet contenidos protegidos, actuación objeto de especial debate cuando se realiza en el entorno de las redes de intercambio de archivos *peer to peer* (o P2P). En cambio, la eventual responsabilidad del llamado *downloader* (quien descarga los contenidos) se relaciona, llegado el caso, con el derecho de reproducción, no con el de comunicación pública⁶⁴. Por su parte, la responsabilidad del prestador de servicios de hosting se encuentra regulada por la Ley 34/2002⁶⁵.

44. Cabe señalar, no obstante, el último paso que ha supuesto en este terreno el artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790⁶⁶. Dicho precepto incorpora el último eslabón hasta el momento en la regulación vigente del uso de contenidos protegidos por el derecho de autor por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea. En ese artículo, se entiende por tal el “prestador de un servicio de la sociedad de la información cuyo fin principal o uno de cuyos fines principales es almacenar y dar al público acceso a una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos” (art. 2.6). Se establece a continuación que esos prestadores realizan un acto de comunicación al público (o de puesta a disposición de éste) cuando le ofrecen el acceso a obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios. Por tanto, deberán obtener la correspondiente autorización de los titulares del derecho de comunicación pública (párrafo primero). Si la autorización se obtuviese, por ejemplo, a través de la conclusión de un acuerdo de licencia, comprenderá también los actos realizados por usuarios de los servicios que no actúen con carácter comercial, o en caso de que su actividad no genere ingresos significativos (párrafo 2º). Además, cuando los prestadores sean responsables de actos de comunicación al público, la limitación de responsabilidad prevista en el artículo 14.1º de la Directiva 2000/31/CE -exención por alojamiento de datos- no se les

⁶⁴ M. A. MICHINEL ÁLVAREZ, “La Directiva (UE) 2019/789 y la protección del derecho de comunicación pública en el derecho de autor internacional”, *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales* (J. J. CASTELLÓ PASTOR, dir.), Madrid, Aranzadi/Thomson/Reuters, 2021, pp. 349-380.

⁶⁵ De 11 de julio de 2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), basada en la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico; modificada a este respecto por la Disposición Final 43 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, también conocida como Ley Sinde-Wert.

⁶⁶ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (DOUE nº 130, de 17 de mayo de 2019). Disponible en <https://www.boe.es/doue/2019/130/L00092-00125.pdf>.

aplicará (párrafo 3º). En caso de que no se concediese una autorización, en principio, los prestadores serían responsables de los actos no autorizados de comunicación al público. Por otra parte, la cooperación entre los prestadores y los titulares de derechos no dará lugar a que se impida la disponibilidad de obras u otras prestaciones cargadas por usuarios que no infrinjan los derechos de autor y derechos afines (también cuando a dichas obras o prestaciones se les aplique una excepción o limitación), pudiendo éstos ampararse en cualquiera de las siguientes excepciones o limitaciones vigentes al cargar y poner a disposición contenidos generados por usuarios en los servicios para compartir contenidos en línea: a) citas, críticas, reseñas; b) usos a efectos de caricatura, parodia o pastiche (párrafo 7º).

B. Defensa del mercado

45. La unificación del Derecho material que se pretende llevar a cabo en la U.E. respecto del mercado digital interior incluye, como es lógico y hemos visto ya, multitud de normas de defensa de los principios esenciales para la protección del marco dentro del cual se llevan a cabo las transacciones. De este modo, se regulan conductas relativas a los comportamientos disfuncionales en el mercado digital, así como las limitaciones o el incremento de la responsabilidad de los prestadores de servicios y plataformas, cuya vulneración puede considerarse como actos de competencia desleal o restrictivos de la competencia. Este acervo reducirá, sin duda, la complejidad que, en este entorno, requiere la aplicación de los mecanismos propios del Derecho internacional privado, en general⁶⁷. Para determinar, en cualquier caso, las herramientas necesarias que cabe emplear, debe considerarse, ante todo, que tales actos son susceptibles de generar una responsabilidad calificable como extracontractual o cuasidelictual, a los efectos de su encaje en el artículo 7.2º RB-I bis, para determinar el tribunal competente, en defecto de otros foros de alcance general. En particular, por lo que se refiere al ámbito de aplicación del precepto, cabe señalar que, según la interpretación llevada a cabo la STJUE *Wikingerhof*⁶⁸, el artículo también incluye las acciones entabladas para conseguir el cese de determinados actos llevados a cabo en el marco de una relación contractual que vincule a ambas partes y alegando abuso de posición dominante.

46. De manera bastante más precisa, al menos, en cuanto a la delimitación del ámbito material de la norma y el manejo de conexiones, la solución de ley aplicable para estos casos se centra en las normas del artículo 6 del RR-II, donde se regulan dos supuestos diferentes de modo específico. Por un lado, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un acto de competencia desleal será la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados. Cuando el acto afecte exclusivamente a los intereses de un competidor en particular, se aplicará la regla general del lugar del hecho dañoso. Por otro lado, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia será la ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado. En este segundo caso, cuando el mercado resulte o pueda resultar afectado en más de un país, la persona que reclama la indemnización por el daño y que presenta una demanda ante el tribunal del domicilio del demandado puede optar por basar dicha demanda en la ley del foro (esto es, la del EM donde demanda), siempre que el mercado de dicho EM figure entre los que se ven afectados de manera directa y sustancial por la restricción de la competencia de la que se deriva la obligación extracontractual en que se basa la demanda; cuando el demandante presente una demanda contra más de un demandado ante ese tribunal, podrá optar por basar su demanda en la ley del foro únicamente si la restricción de la competencia en que se fundamenta la demanda presentada contra cada uno de los demandados afecta también de manera directa y esencial al mercado del EM de ese tribunal. La ley aplicable no podrá excluirse mediante un acuerdo de elección de ley.

⁶⁷ Sobre estas cuestiones, *vid.*, J. G. HORRACH ARMO, *Jurisdicción y ley aplicable en materia de competencia desleal en el marco de la economía de las plataformas virtuales*, Barcelona, Marcial Pons, 2022, *passim*.

⁶⁸ C-59/19, de 24 de noviembre de 2020, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C%2CT%2CF&num=C-59/19>.

47. Por una parte, interesa destacar particularmente la delimitación del concepto de “lugar del hecho dañoso” que lleva a cabo el TJUE en diversas sentencias⁶⁹. En síntesis, cabe destacar que el TJUE identifica tal lugar con el correspondiente al mercado afectado por la conducta generadora del daño, por lo que sus interpretaciones pueden proyectarse -salvando la imposibilidad de aplicación analógica-sobre los problemas de ley aplicable. Así, por ejemplo, en el caso de mercado afectado por acuerdos colusorios sobre fijación y aumento de precios de los bienes, la competencia para conocer -en razón del lugar de materialización del daño- de una acción de indemnización por el perjuicio derivado de esos acuerdos corresponde, bien al tribunal en cuya demarcación compró los bienes objeto de tales acuerdos la empresa que alega el perjuicio, bien, en caso de compras realizadas por ésta en varios lugares, al tribunal en cuya demarcación se encuentre el domicilio social de dicha empresa (STJUE *Volvo*, *cit.*). En otra reclamación semejante, se entendió como lugar del mercado afectado aquél donde se han falseado los precios y en el cual la víctima alega haber sufrido perjuicio, incluso si la acción se dirige contra un participante con quien tal víctima no estableció relaciones contractuales (STJUE *Tibor*, *cit.*). También se ha fallado que el concepto de «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» puede interpretarse bien como el lugar de celebración del acuerdo contrario a la competencia, bien como el lugar en que se ofrecieron y aplicaron los precios predatorios (STJUE *AB FlyLAL*, *cit.*).

48. Por otra parte, respecto de un caso que involucra vulneración del derecho de la competencia a raíz de actos llevados a cabo ya en el marco de Internet (STJUE *Concurrence*⁷⁰), el TJUE entendió que, para conocer de una acción de responsabilidad por el incumplimiento de la prohibición de vender fuera de una red de distribución selectiva que supone la oferta, en sitios web que operan en diferentes EE.MM., de productos objeto de dicha red, debe considerarse que el lugar donde se ha producido el daño es el territorio del EM que protege dicha prohibición de venta mediante la acción en cuestión, territorio en el cual el demandante afirma haber sufrido una reducción de sus ventas. Obviamente, este pronunciamiento deja la puerta abierta a una localización del daño múltiple (y, por tanto, la atribución correspondiente de competencia) en los casos en que hayan resultado varios mercados afectados⁷¹. No obstante -a diferencia de su interpretación en el ámbito del Derecho de autor-, en un sector donde también es principio habitual el de territorialidad, como es el Derecho de la competencia, el TJUE no hay señalado hasta el momento que el tribunal competente solo puede conocer del daño causado en su territorio, cuando hubiese multitud de mercados afectados. Finalmente, cabe recordar que, en el asunto C-191/15, STJUE *Amazon*⁷², se estableció que deben determinarse conforme a la ley que señale el artículo 6.1º del RR-II las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, dirigidas contra el uso de cláusulas contractuales supuestamente ilegales por una empresa domiciliada en un EM que celebra contratos por vía de comercio electrónico con consumidores residentes en otros EE.MM. (y, en particular, en el EM del órgano jurisdiccional ante el que se interpone la demanda); mientras que la ley aplicable a la apreciación de una cláusula contractual dada debe determinarse siempre con arreglo al RR-I, independientemente de que esa apreciación se efectúe en el marco de una acción individual o en el de una acción colectiva. El TJUE se refirió en este caso al específico problema de tratamiento de datos personales (situación que se examinará aquí seguidamente con más detalle en otro apartado específico). Con todo -y salvando las distancias dada la imposibilidad de una aplicación por analogía a

⁶⁹ Asuntos C-30/20, STJUE *Volvo*, de 15 de julio de 2021 (disponible en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&td=ALL&num=C-30/20>); C-451/18, STJUE *Tibor*, de 29 de julio de 2019 (disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=216540&doclang=ES>); y C-27/17, STJUE *AB FlyLAL*, de 5 de julio de 2018 (disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=203610&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=505928>).

⁷⁰ C-618/15, de 21 de diciembre de 2016, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=186483&doclang=ES>.

⁷¹ *Vid.*, sobre ello, más ampliamente, M. L. VILLAMARÍN LÓPEZ, “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad extracontractual en internet: nuevos criterios interpretativos en la determinación del lugar de producción del daño. A propósito de la STJUE *Concurrence vs. Samsung y Amazon*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2018, vol. 10, nº 1, pp. 657-661.

⁷² C-191/15, de 28 de julio de 2016, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0191>.

casos diferentes- cabe subrayar que el TJUE señala que ese tratamiento “*se rige por el Derecho del Estado miembro al que dicha empresa dirige sus actividades si esa empresa efectúa el tratamiento de los datos en cuestión en el marco de las actividades de un establecimiento situado en ese Estado miembro*”; aunque también es cierto que, previamente, ya había destacado que “*ese establecimiento no puede existir por el mero hecho de que allí se pueda acceder al sitio de Internet de la empresa en cuestión*” (cdo. 76); lo que supone, en suma, descartar aquí el criterio del simple acceso desde el territorio de un Estado a una página web del demandado para determinar la existencia de un establecimiento en dicho Estado.

C. Datos personales

49. En este punto, es imprescindible comenzar con una referencia al Reglamento (UE) 2016/679⁷³ (RGPD). Este Reglamento ha sido, a su vez, la base de la LO 3/2018⁷⁴. El RGPD dedica un capítulo entero (el V) a la transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales, del artículo 44 al 50 (ambos inclusive); todos ellos son bastante extensos y detallados, salvo quizás el primero, que establece el principio general a tener en cuenta y que se sirve de base a todos los restantes desarrollos: “*solo se realizarán transferencias de datos personales que sean objeto de tratamiento o vayan a serlo tras su transferencia a un tercer país u organización internacional si, a reserva de las demás disposiciones del presente Reglamento, el responsable y el encargado del tratamiento cumplen las condiciones establecidas en el presente capítulo, incluidas las relativas a las transferencias ulteriores de datos personales desde el tercer país u organización internacional a otro tercer país u otra organización internacional. Todas las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a fin de asegurar que el nivel de protección de las personas físicas garantizado por el presente Reglamento no se vea menoscabado*”. El principio fundamental que se debe considerar es, por tanto, el del país de origen de la transferencia, pero con un decisivo matiz: exigiendo estándares comparables a los europeos para autorizar la misma. Para articularlo, se establece un sistema en cascada, que va desde la posibilidad de una decisión política -o técnica, si se prefiere- sobre la adecuación de los estándares manejados en el extranjero; pasando por el establecimiento de una serie de garantías, en su defecto; hasta la sujeción a varias condiciones, en último lugar; permitiendo, asimismo, que las empresas se puedan dotar voluntariamente de un conjunto de normas corporativas vinculantes al efecto (conocidas también como BCR, por sus siglas en inglés).

50. En concreto, el artículo 45 RGPD regula las transferencias basadas en una decisión de adecuación. Como principio, se establece en su párrafo primero que “*podrá realizarse una transferencia de datos personales a un tercer país u organización internacional cuando la Comisión haya decidido que el tercer país, un territorio o uno o varios sectores específicos de ese tercer país, o la organización internacional de que se trate garantizan un nivel de protección adecuado*”. La transferencia no requerirá así de ninguna autorización específica, decidiendo la Comisión mediante un acto de ejecución (pár. 3º), tras evaluar la adecuación sobre la base de los parámetros indicados en el párrafo segundo, estableciendo un mecanismo de revisión periódica, al menos cada cuatro años, que tenga en cuenta todos los acontecimientos relevantes en el tercer país o en la organización internacional. Las decisiones a tal efecto serán públicas en la web de la Comisión. En el caso de Estados Unidos, hasta fecha reciente, regía la Decisión de ejecución (UE) 2016/1250, de 12 de julio de 2016, sobre la adecuación de la protección conferida por el denominado “*Privacy Shield*” o “*Escudo de Privacidad*”. Pero la STJUE *Schrems II*⁷⁵, por reclamación de una persona física cuyos datos fueron transferidos de la Unión Europea a Estados Unidos, invalidó tal Decisión. En su importante sentencia, el Tribunal subrayó que determinados programas de vigilancia que permiten el acceso de las autoridades públicas de EE.UU. a los datos personales transferi-

⁷³ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, DOUE n° 119, 4 de mayo de 2016.

⁷⁴ De 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE de 6 de diciembre).

⁷⁵ C-311/18, de 16 de julio de 2020, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228677&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9853523>.

dos de la UE a los EE.UU. con fines de seguridad nacional no prevén limitaciones a la facultad conferida a las autoridades de los EE.UU., ni la existencia de garantías para personas que no sean estadounidenses. El umbral establecido por el TJUE se aplica también a todas las salvaguardias adecuadas- con arreglo al artículo 46 del RGPD- utilizadas para transferir datos del EEE a cualquier tercer país. La legislación estadounidense mencionada por el TJUE⁷⁶ se aplica a cualquier transferencia a EE.UU. por medios electrónicos que entren en el ámbito de aplicación de la misma, independientemente del instrumento de transferencia utilizado. Por otra parte, dado que el Escudo de Privacidad también fue diseñado para dar garantías a los datos transferidos con otros instrumentos, como las BCR (normas corporativas vinculantes), la evaluación del Tribunal se aplica también en dicho contexto.

51. Las consecuencias no se hicieron esperar, hasta el punto de que la Agencia Europea de Protección de Datos (EDPB) se vio obligada a elaborar un documento de urgencia para garantizar el cumplimiento inmediato de la sentencia por los órganos de la Unión. Así, tras explicar el fallo, se aclaró que el TJUE *“ha considerado que los requisitos de la legislación nacional de los Estados Unidos, y en particular algunos programas de vigilancia que permiten el acceso de las autoridades públicas de los Estados Unidos a los datos personales transferidos desde la UE a los Estados Unidos con fines de seguridad nacional, dan lugar a limitaciones a la protección de los datos personales que no están circunscritas de manera que satisfagan requisitos que son esencialmente equivalentes a los exigidos por la legislación de la UE, y que esta legislación no otorga derechos recurribles ante los tribunales contra las autoridades de los Estados Unidos”*⁷⁷. En suma, como consecuencia, las transferencias de datos basadas en este marco son, al momento de redactar estas líneas, ilegales; aunque, ciertamente, el pasado 25 de marzo la Comisión Europea y el Gobierno de Estados Unidos anunciaron conjuntamente un “acuerdo de principio” para elaborar un nuevo marco para las bajas de datos que, no obstante, todavía no se ha concretado⁷⁸. Finalmente, el sistema articulado por el RGPD para la protección transfronteriza de datos personales se cierra, por un lado, con la regulación de las transferencias internacionales de datos mediante garantías adecuadas, que opera en defecto de acto de ejecución. Las garantías pueden ser aportadas -sin que se requiera autorización expresa de una autoridad de control- mediante una amplia variedad de instrumentos, que se ven incluso ampliados cuando media permiso de la autoridad de control competente. Entre las fórmulas previstas de garantía, se encuentra las cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión, como las que se recogen en la Decisión 2010/87/UE de la Comisión, de 5 de febrero de 2010⁷⁹. Por otro lado, se encuentran las denominadas “normas corporativas vinculantes” (o BCR por sus siglas en inglés); esto es, *“las políticas de protección de datos personales asumidas por un responsable o encargado del tratamiento establecido en el territorio de un Estado miembro para transferencias o un conjunto de transferencias de datos personales a un responsable o encargado en uno o más países terceros, dentro de un grupo empresarial o una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta”* (art. 4.20 RGPD). Dichas normas serán aprobadas por la autoridad de control competente, según el mecanismo de coherencia previsto en el propio RGPD.

52. En verdad, la amplia y exhaustiva armonización llevada a cabo por el legislador de la Unión en materia de protección de datos que constituye el RGPD contribuye a la práctica desaparición de los problemas de ley aplicable, al menos, dentro del territorio de la U.E. En cambio, persiste el interés por determinar el órgano competente para conocer de eventuales reclamaciones, que pueden ser de tres tipos, a saber: contra la autoridad de control, contra decisiones de la autoridad de control y ante la jurisdicción ordinaria. El criterio de atribución que se maneja en los tres casos es el del “lugar del

⁷⁶ A saber, la sección 702 de la FISA y la EO 12333.

⁷⁷ https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other/frequently-asked-questions-judgment-court-justice-european-union_es.

⁷⁸ *Vid.*, al respecto, M. BAUER, “La soberanía trasatlántica de los datos: cómo conseguir unos flujos de datos entre la UE y EE. UU. que garanticen la protección de la privacidad”, *Open Internet Governance Institute – Esade/ECPol, Paper Series #2*, Marzo 2022, disponible en <https://www.esade.edu/ecpol/es/publicaciones/la-soberania-trasatlantica-de-los-datos-como-conseguir-unos-flujos-de-datos-entre-la-ue-y-ee-uu-que-garanticen-la-proteccion-de-la-privacidad/>.

⁷⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010D0087&from=MT>.

establecimiento del responsable del tratamiento”. Así, por un lado, el artículo 77.1º establece que “todo interesado tendrá derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control, en particular en el Estado miembro en el que tenga su residencia habitual, lugar de trabajo o lugar de la supuesta infracción”; aunque el artículo 55.1º concreta, por otro lado, que “cada autoridad de control será competente para desempeñar las funciones que se le asignen y ejercer los poderes que se le confieran de conformidad con el presente Reglamento en el territorio de su Estado miembro” y el 56.1º que “la autoridad de control del establecimiento principal o del único establecimiento del responsable o del encargado del tratamiento será competente para actuar como autoridad de control principal para el tratamiento transfronterizo realizado por parte de dicho responsable o encargado”; mientras que, para asuntos con escaso o nulo impacto transfronterizo “cada autoridad de control será competente para tratar una reclamación que le sea presentada o una posible infracción del presente Reglamento, en caso de que se refiera únicamente a un establecimiento situado en su Estado miembro o únicamente afecte de manera sustancial a interesados en su Estado miembro” (art. 56.2º).

53. Por lo que se refiere a las reclamaciones ante la jurisdicción ordinaria, por un lado, el artículo 77 establece en sus párrafos 1º y 2º que “*toda persona física o jurídica tendrá derecho a la tutela judicial efectiva contra una decisión jurídicamente vinculante de una autoridad de control que le concierna ... [y] en caso de que la autoridad de control que sea competente en virtud de los artículos 55 y 56 no dé curso a una reclamación o no informe al interesado en el plazo de tres meses sobre el curso o el resultado de la reclamación presentada*”; y, en el párrafo 3º, se dispone que “*las acciones contra una autoridad de control deberán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en que esté establecida la autoridad de control*”. Por otro lado, el artículo 78 en sus párrafos 1º y 2º señala que “*todo interesado tendrá derecho a la tutela judicial efectiva cuando considere que sus derechos en virtud del presente Reglamento han sido vulnerados como consecuencia de un tratamiento de sus datos personales (...). Las acciones contra un responsable o encargado del tratamiento deberán ejercitarse ante los tribunales del E.M. en el que el responsable o encargado tenga un establecimiento. Alternativamente, tales acciones podrán ejercitarse ante los tribunales del E.M. en que el interesado tenga su residencia habitual, a menos que el responsable o el encargado sea una autoridad pública de un E.M. que actúe en ejercicio de sus poderes públicos*”. Todavía no existe un número abundante de sentencias del TJUE que permita precisar completamente el concepto de establecimiento del responsable de tratamiento que se maneja en el concreto ámbito de la protección de datos. Como ya se vio, la STJUE *Amazon* renuncia a identificar la existencia del aquél por el mero hecho del acceso a Internet desde el territorio de un EM. Por su parte (aunque en el marco de un razonamiento sobre ley aplicable y relativo a la anterior normativa), en la STJUE *Weltimmo*⁸⁰, se requiere que el responsable “*ejerza, mediante una instalación estable en el territorio de dicho EM, una actividad efectiva y real, aun mínima, en cuyo marco se realice el referido tratamiento. Para determinar si así ocurre, en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente puede tener en cuenta, por un lado, que la actividad del responsable de dicho tratamiento, en cuyo marco éste tiene lugar, consiste en la gestión de sitios de Internet de anuncios de inmuebles situados en el territorio de dicho EM y redactados en la lengua de ese Estado y que, en consecuencia, se dirige principalmente, incluso íntegramente, a dicho EM. Y, por otro lado, que ese responsable dispone de un representante en el referido EM que se encarga de cobrar los créditos resultantes de dicha actividad y de representarlo en los procedimientos administrativo y judicial relativos al tratamiento de los datos en cuestión*”.

D. Inteligencia artificial

54. El término “inteligencia artificial” (IA) fue acuñado con motivo de una conferencia de verano celebrada en Darmouth (USA) en 1955, definiéndose entonces como “la ciencia y la ingeniería de

⁸⁰ C-230/14, de 1 de octubre de 2015, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=168944&doclang=ES>.

fabricar máquinas inteligentes, en especial programas inteligentes de computación” (entendiendo por “inteligente” la parte de la informática orientada a obtener resultados). Desde aquel momento, hemos asistido a una evolución tecnológica exponencial en este sector, particularmente, desde los albores del presente siglo, pasando así por diversas fases, desde la conexión a Internet de las personas hasta llegar al actual “Internet de las cosas”; aunque no siempre el desarrollo tecnológico haya ido acompañado del correspondiente y deseable en el plano jurídico, dado que la robótica avanza problemas a los que las normas no siempre dan respuesta adecuada. Conscientes de esta situación, en el marco de la UE han encontrado impulso una serie de iniciativas tendentes a adoptar un planteamiento coordinado que le permita aprovechar al máximo las oportunidades que brinda la IA y abordar los nuevos retos que conlleva. A partir de la publicación en febrero de 2020 del Libro Blanco sobre IA⁸¹, a propuesta de la Comisión Europea -para reforzar las capacidades industriales y tecnológicas, mediante una adaptación normativa, ofreciendo alternativas para facilitar el desarrollo de la IA de manera segura y fiable en toda Europa- ha sido el Parlamento quien ha tomado la batuta. Destacan en este sentido tres iniciativas que, dada su densidad, tan solo podemos limitarnos a enumerar, en el marco de esta ponencia que ya excede sus propios límites de tiempo y extensión disponibles: a) La Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020⁸², b) La propuesta de Reglamento planteada por el Parlamento Europeo, el 21 de abril de 2021⁸³, con el fin de minimizar los daños asociados a la IA, haciendo una clasificación de los sistemas de IA en función del riesgo para garantizar la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, así como, asegurar la seguridad jurídica para facilitar la inversión e innovación de la IA en Europa. c) Finalmente, la última propuesta con la que se abordan los retos de la inteligencia artificial en la era digital es la Resolución del Parlamento, de 3 de mayo de 2022⁸⁴, donde se destaca la utilización de negocios digitales y se propone una competición a escala mundial en busca del liderazgo europeo en materia de IA, para lo cual es imprescindible la construcción de un marco normativo claro y sólido⁸⁵.

55. Llegados a este punto, cabe concluir con una necesariamente breve referencia a los problemas de Derecho internacional privado que pueden plantear dos casos -significativos ya en la práctica- por lo que se refiere al uso de la IA. El primero de ellos, es el relativo a la responsabilidad civil transfronteriza en el caso de accidentes con vehículos autónomos. Sobre este tipo de problemas, a nivel europeo, ya ha habido avances desde la publicación de la Directiva 2010/40/UE⁸⁶. Así, en abril de 2016, se firmó la llamada “Declaración de Ámsterdam sobre cooperación en el campo de la conducción

⁸¹ COM(2020 65 final) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020DC0065>).

⁸² Con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020IP0276>.

⁸³ COM(2021) 206 final 2021/0106 (COD), por la que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial). Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF.

⁸⁴ 2020/2266(INI). Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_ES.html.

⁸⁵ En el concreto marco del sistema español, cabe destacar que los avances normativos en materia de IA han cristalizado en la redacción de una Agenda del Cambio, presentada por el Gobierno en 2019, donde se apuesta por la IA como un decisivo factor para el impulso de la economía nacional. Entre las estrategias propuestas, destaca la creación de un Consejo Asesor de IA (mediante la Orden ETD/670/2020), como órgano consultivo de asesoramiento al Gobierno en los asuntos relativos a la IA para el ámbito nacional. Por otra parte, para conseguir un avance más significativo en el ámbito digital, el Gobierno Español presentó también el proyecto España Digital 2025, en julio de 2020 y, más recientemente, la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, el 27 de junio de 2022, con la finalidad de acelerar la digitalización de las empresas, aumentar las competencias digitales de la población, mejorar la eficiencia y productividad de los servicios públicos e incrementar una colaboración entre el sector público y privado. Por cierto, la primera norma española donde se regula el uso de los algoritmos utilizados para la toma de decisiones prestadas en las administraciones públicas y las empresas se encuentra contenida en el art. 23 de la reciente ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de 12 de julio (BOE, de 13 de julio), que versa sobre IA y mecanismos de toma de decisión automatizados, aunque se refiere exclusivamente al uso de tales algoritmos por parte de las administraciones públicas, y deja fuera, al menos de momento, a las empresas privadas.

⁸⁶ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, por la que se establece el marco para la implantación de los sistemas de transporte inteligentes (STI) en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte (DOUE n° 207, de 6 de agosto de 2010). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2010-81417#:~:text=L%2D2010%2D81417-,Directiva%202010%2F40%2FUE%20del%20Parlamento%20Europeo%20y%20del%20Consejo,con%20otros%20modos%20de%20transporte>.

automatizada y conectada”⁸⁷, donde se abordaba la necesidad de promover un marco normativo para el despliegue de la conducción automatizada y conectada en la U.E. con el 2019 como meta. El Parlamento Europeo, en su Resolución de 13 de marzo de 2018, para una “Estrategia europea sobre los sistemas de transporte inteligentes cooperativos”⁸⁸, afrontó la problemática señalando “la importancia del empleo de tecnologías de los STI cooperativos para un funcionamiento eficiente de determinados sistemas de asistencia a la conducción”, aunque identifica unos problemas específicos que deben ser abordados, de privacidad, protección de datos, y ciberseguridad, y recomienda “*que la Comisión establezca con rapidez un marco jurídico apropiado para lograr la interoperabilidad transfronteriza en toda la Unión, así como un marco que establezca normas sobre la responsabilidad civil por la utilización de los distintos tipos de transportes conectados*”. Pero será en su ya señalada Resolución de 20 de octubre de 2020 cuando el Parlamento Europeo haga recomendaciones más específicas. En ella afirma que “*es necesario poder determinar de manera inequívoca quién es el culpable en cada caso particular*” y, aunque se centra más en la figura del operador que en la del fabricante, se señala que el régimen de responsabilidad propuesto puede ser aplicable también a este, en la medida en que el fabricante sea también operador. Debe comprobarse en particular si, “*habida cuenta de que hasta el momento únicamente una cantidad muy reducida de accidentes se debe a problemas técnicos, podría resultar adecuado un traspaso de la responsabilidad al productor*”. Dicha transferencia podría compensarse con una serie de exigencias a propietario y conductor.

56. En lo que concierne a los problemas de Derecho internacional privado, ciertamente, la situación es distinta entre la competencia judicial internacional y la ley aplicable. En lo que se refiere a la primera, las posibles conexiones a manejar, bien generales (como el domicilio del demandado) bien especiales, tanto en materia de responsabilidad contractual (lugar del hecho dañoso) como incluso en presencia de eventuales contratos de seguro no parecen arrojar excesivos problemas de localización, al menos, frente al mismo supuesto cuando no se ven involucrados vehículos autónomos. En cambio, en materia de ley aplicable, dadas las posibles disparidades entre los ordenamientos y ante el posible recurso a dos posibles regímenes diferentes, como se verá a continuación, cabe examinar si las soluciones presentes necesitan algún tipo de interpretación o ajuste en el caso de la responsabilidad por accidentes con vehículos autónomos. Así, la primera opción sería acudir al régimen especial previsto para este tipo de materia en el Convenio de La Haya de 1971, donde las dos posibles leyes cuya aplicación cabe reclamar oscilan entre la del lugar del accidente y la del Estado de matriculación del vehículo, sin que ninguna de ambas conexiones parezca presentar problema alguno a la hora de su determinación derivada de las singularidades existentes en el ámbito de la conducción autónoma. Cuestión distinta sería el examen de la conveniencia que pueda tener el mantenimiento de ambas conexiones como únicos criterios posibles en este sector, dada la posible ausencia de responsabilidad de las personas presentes en el momento del accidente, que es una de las razones que justificarían tal reducción de criterios de vinculación.

57. No obstante, cabe una segunda opción de calificación, al menos, si se atiende a lo dispuesto en la arriba mencionada Directiva 2010/40/UE, en cuyo artículo 11 se indica que “*los Estados miembros velarán por que las cuestiones relacionadas con la responsabilidad, en lo referente a la implantación y el uso de aplicaciones y servicios de STI establecidos en especificaciones adoptadas de conformidad con el artículo 6, se aborden de acuerdo con el Derecho de la Unión, en particular la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, así como con la normativa nacional pertinente*”. Asimismo, por ejemplo, en Estados Unidos, su “Restatement (Third) of Torts: Product Liability”, de 1998, aunque parte de la idea básica de que “*el error de software o de los algoritmos que emplea un vehículo autónomo, no generan responsabilidad por producto defectuoso ya que el software no es un producto a estos efectos*”, no obstante, indica que “*cuando el software es esencial para el funcionamiento del producto, debe ser*

⁸⁷ Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2016%3A766%3AFIN>.

⁸⁸ 2017/2067(INI). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018IP0063>.

considerado un producto". Esta calificación nos conduciría al marco del ya examinado aquí -para otras cuestiones- Roma II, en concreto, a su artículo 5, que establece hasta cinco posibles conexiones con distintas leyes: la de residencia habitual del perjudicado; en su defecto, la del país en que se adquirió el producto; en su defecto, la ley del lugar del daño (en estos tres casos, si el producto se comercializó allí); o de la residencia habitual de la persona cuya responsabilidad se alega que no podía prever razonablemente la comercialización del producto en esos tres países; o, si se desprende del conjunto de las circunstancias, la ley que presente los vínculos más estrechos (como la que puede derivar a causa de una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato). De las cinco conexiones, al margen nuevamente de su idoneidad para emplearse en el caso concreto de los vehículos automatizados -quizás menos cuestionable aquí que en el caso anterior- la que puede plantear mayor problema en cuanto a su determinación es la relativa a la residencia del responsable; dado que, por un lado, no se ha utilizado el término "fabricante", lo que deja la puerta abierta al problema de determinar de quién se trata (por ejemplo, en casos donde no exista una conducción completamente autónoma y participe o pueda participar, al menos parcialmente, el conductor). Por otro lado, dentro de los posibles fabricantes a considerar, también convendría aclarar si hay que atender solamente al del propio vehículo o, en su caso, a quien interviene en el diseño y/o la aplicación del software incorporado en el mismo. Quizás estos problemas de indeterminación conduzcan a la ya indicada solución de cierre basada en los vínculos más estrechos, para casos muy concretos.

58. El segundo de los casos que conviene mencionar, en el marco de los problemas que genera el uso de la IA, es el que concierne a los denominados contratos inteligentes o autoejecutables, también conocidos por la expresión en inglés "*smart contracts*". Se trata, en realidad, de programas informáticos en libros mayores electrónicos que ejecutan y liquidan operaciones sobre la base de condiciones predefinidas, en el entorno de la tecnología de cadenas de bloques o "*Blockchain*". Verificada la condición pactada por las partes, cada obligación u concreta acordada se autoejecuta automáticamente, momento en el que las partes dejan de tener el control sobre su cumplimiento. Estos contratos encierran así, entre otras características, el potencial de ofrecer a los titulares y destinatarios de datos garantías de que se respetan las condiciones para compartir datos. Por ello, la propuesta de Reglamento sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización ("*ley de datos*"⁸⁹) apoya el establecimiento de normas para esta nueva figura en su capítulo VIII, sobre interoperabilidad, cuyo artículo 30 -junto con otras disposiciones sobre su evaluación y declaración de conformidad- establece en su párrafo primero los requisitos esenciales de los contratos inteligentes para el intercambio de datos⁹⁰. Pese a su novedad y escaso amparo legislativo, los problemas que puede generar este tipo de figura son imposibles de resumir en el marco de este trabajo, de corte más general⁹¹. Por ello, a título de breve pincelada ilustrativa final, en relación con los dos grandes ámbitos del Derecho internacional privado que se han explorado aquí -la competencia judicial internacional y el derecho aplicable- cabe señalar que, ante la ausencia de regulación específica, varias pautas interpretativas pueden destilarse de postulados que ya quedaron expuestos, y que son comunes para ambos sectores. Así, las soluciones en buena medida dependerán de

⁸⁹ De 23 de febrero de 2022, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022PC0068>.

⁹⁰ "1. El proveedor de una aplicación que utilice contratos inteligentes o, en su defecto, la persona cuya actividad comercial, empresarial o profesional implique la utilización de contratos inteligentes para terceros en el contexto de un acuerdo de puesta a disposición de datos cumplirá los siguientes requisitos esenciales: a) solidez: velará por que el contrato inteligente se haya diseñado de manera que ofrezca un grado de solidez muy elevado con el fin de evitar errores funcionales y contrarrestar los intentos de manipulación por terceros; b) resolución y suspensión seguras: velará por que exista un mecanismo que permita poner fin a la ejecución de transacciones; el contrato inteligente incluirá funciones internas que permitan reinicializar el contrato o darle instrucciones para poner fin a la operación o suspenderla con objeto de evitar futuras ejecuciones (accidentales); c) archivo y continuidad de los datos: en caso de que el contrato inteligente deba resolverse o desactivarse, preverá la posibilidad de archivar los datos de las transacciones, así como la lógica y el código del contrato inteligente, con el fin de llevar un registro de las operaciones con datos efectuadas previamente (auditabilidad); y d) control de acceso: el contrato inteligente estará protegido mediante rigurosos mecanismos de control de acceso en el nivel de la gobernanza y en el del contrato inteligente".

⁹¹ Vid., sobre estas cuestiones, J. G. HORRACH ARMO, "Los acuerdos atributivos de jurisdicción en el ámbito de los smart contracts y la tecnología blockchain", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, nº 42, 2021, *passim*.

si nos encontramos o no ante un contrato de consumo y de si existe o no cláusula de sumisión. En relación con ésta, pueden plantearse cuestiones tanto en torno a su eficacia o validez -particularmente, en el contexto de unas condiciones generales- como en cuanto a sus efectos -partiendo de que su naturaleza autoejecutable encaja mal con la preferencia de la sumisión o elección tácita frente a la expresa, tanto en materia de competencia como de ley aplicable-. En ausencia de elección, dependiendo del tipo de contrato, los problemas podrán derivar del posible recurso a conexiones puramente localizadoras que se centren en una obligación concreta; lo que a veces exigirá acudir a foros de necesidad, en el caso de la competencia, o vínculos más estrechos, en el caso de ley aplicable (particularmente, cuando la ejecución o cumplimiento de dicha obligación debiera desarrollarse en un entorno virtual). Para abordar la mayoría de estas cuestiones ya se han vertido algunas soluciones a lo largo de estas páginas que pueden servir como criterio interpretativo a la hora de afrontar estos y otros retos que implican.

IV. Conclusiones

59. La digitalización de bienes y servicios obliga a tomar medidas para afrontar los retos jurídicos que plantea, en el marco de la creación del mercado digital interior de la U.E. En este sentido, la mayor parte de las iniciativas tomadas hasta el momento o las que se encuentran en preparación ponen el acento en una armonización fuerte, aunque sectorial, de diferentes aspectos; en particular, dentro de lo que se refiere a los contratos de prestación de servicios y de compraventa, aunque también para fijar las condiciones que regulan la participación en un mercado que se espera transparente, eficiente, seguro y con un adecuado nivel de protección para todos sus intervinientes, con especial atención a los consumidores. Esta armonización de normas materiales redundará en un descenso de la complejidad de los problemas clásicos del Derecho internacional privado, en particular, por lo que se refiere a la determinación de la ley aplicable a las distintas relaciones jurídicas, tanto contractuales como, aunque en menor medida, extracontractuales. No obstante, el recurso a las normas presentes en esta rama del Derecho continúa resultando imprescindible, lo que requiere de un esfuerzo sobre todo de interpretación de las conexiones de naturaleza localizadora que se suelen manejar en esta disciplina; para lo cual cabe recurrir a los propios principios generales de la materia, así como también a la inspiración que deriva de la jurisprudencia del TJUE en este ámbito. Por lo que atañe a los contratos, cabe prestar atención al de compraventa y al de prestación de servicios, como principales cauces de los intercambios en el mercado digital; debiendo distinguir, dada la diferencia de régimen presente, entre aquéllos donde interviene un consumidor y aquéllos en los que no. Los contratos de consumo plantean mayor dificultad que el caso general, dada la necesidad de concretar la aplicación del criterio “actividad dirigida por el profesional a un Estado”, que está contenido tanto en la norma presente de competencia judicial (artículo 17.1º del RB- I bis) como en la de ley aplicable (del artículo 6.1º RR-I). Esta expresión ha venido siendo interpretada por el TJUE en diversos asuntos, varios de los cuales se han producido en el entorno de la digitalización de servicios.

60. Por lo que se refiere al sector de la responsabilidad extracontractual, la conexión general tradicional en el ámbito del Derecho internacional privado, tanto para las normas de competencia judicial internacional como de ley aplicable, se refiere al “lugar del hecho dañoso”, criterio que ha venido siendo interpretado asimismo por el TJUE. Revisten aquí particular interés, en lo que concierne a los efectos de la digitalización, los supuestos de reclamaciones por vulneración del derecho a la intimidad en el ámbito de Internet. Se trata de un ejemplo paradigmático de lo que se conoce como “actos ilícitos plurilocalizados”, donde existe una disociación entre el lugar del acto causal de la conducta que genera el daño y el lugar donde se sufren los efectos dañosos. El TJUE viene operando una distinción entre el ámbito competencial de los órganos jurisdiccionales del Estado en cuyo territorio se genera la acción causal y los del Estado o Estados en cuyo territorio se sufren los daños. De este modo, aunque ambos resultan competentes para conocer, solo los del primer Estado puede hacerlo de reclamaciones sobre la totalidad de los daños causados; mientras que los del segundo solo lo harán de los daños causados en su propio territorio. La norma de ley aplicable, en cambio, excluye la posibilidad de que rija la ley del lugar del hecho generador, siendo la del lugar donde se producen los daños directos la que resulta aplicable, en

defecto de los vínculos más estrechos con otro país. Esto puede conducir a la aplicación de un mosaico de diferentes leyes por parte del juez que conozca en función del acto causal.

61. Entre los diferentes escenarios de responsabilidad civil, uno de los más complejos en el entorno digital es el que abre la vulneración transfronteriza de derechos de propiedad intelectual, donde rige como regla básica el principio de territorialidad. El TJUE defiende una interpretación estricta del lugar del hecho dañoso, que culmina con una correlación absoluta entre el órgano competente y el derecho vigente en su territorio, de forma que el tribunal competente en función de tal criterio no podría conocer de vulneraciones por la protección reclamada para el territorio de otros Estados. Otro supuesto singular se refiere al incumplimiento de obligaciones relativas a la defensa de la competencia, como pueden ser los casos de competencia desleal o abuso de posición dominante. Para ellos, la norma de competencia es la misma que en casos previamente expuestos; esto es, el lugar del hecho dañoso, que el TJUE ha venido interpretando para acercarla al concepto de “mercado afectado” por la conducta; que es precisamente el criterio presente en las normas de ley aplicable, contenidas el RR-II, donde se distingue entre los actos de competencia desleal y los que restringen la libre competencia. En lo que atañe a la protección de datos, el Reglamento General de la UE (RGPD) ha llevado a cabo una profunda armonización legislativa que redundará en la irrelevancia de los problemas de ley aplicable en el ámbito territorial de la Unión. Por otra parte, se regula exhaustivamente la protección transfronteriza de datos, mediante un alambicado sistema cuya aplicación en la práctica, tras el célebre caso *Schrems*, ha dado al traste con el mecanismo denominado “escudo de privacidad”, que regía las relaciones entre la U.E. y los Estados Unidos. El RGPD aporta soluciones tanto para la competencia de autoridades de control como para la de órganos jurisdiccionales, tomando como conexión con carácter general el lugar donde se encuentre el establecimiento del responsable del tratamiento. Finalmente, en relación con la Inteligencia Artificial, por un lado, los accidentes de circulación causados por vehículos de conducción total o parcialmente automatizada no parecen plantar problemas graves en el entorno de la aplicación de normas de Derecho internacional privado (no, en cambio, en el de las normas materiales de responsabilidad civil); persistiendo una ambivalencia de regímenes en de la ley aplicable, dependiendo de que la calificación del supuesto se oriente hacia el ámbito de los accidentes de circulación o al de los productos defectuosos. Los denominados contratos inteligentes abren nuevos retos sobre los que algunas de las reflexiones previas pueden arrojar cierta luz, a la hora de abordarlos, tanto en el terreno de la competencia judicial como el de la ley aplicable.

Adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Encaje del ordenamiento español en una tendencia de Derecho comparado flexibilizadora de los procesos de formación de la voluntad social

Adoption of written resolutions and without a meeting. The fit of the the Spanish legal order into a trend of comparative law that makes the processes of company will formation more flexible

LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Córdoba

Recibido:24.11.2022 / Aceptado:24.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7555

Resumen: Existe una clara tendencia de Derecho comparado favorable a admitir que en las sociedades cerradas los acuerdos pueden adoptarse por escrito y sin sesión (caso, por ejemplo, de los ordenamientos alemán, británico, italiano, portugués, suizo o argentino). En 1953 el legislador español se situó en esta misma dirección. Sin embargo, a partir de 1995 nuestra legislación societaria omite la referencia expresa a este mecanismo flexible de formación de la voluntad social. Pese a ello, hay argumentos para sostener el encaje de nuestro Derecho en la tendencia referida. Este trabajo expone y analiza estos argumentos, ofreciendo un estudio de la cuestión tanto desde la perspectiva del Derecho vigente (*lege lata*) como desde un punto de vista prospectivo (*lege ferenda*).

Palabras clave: acuerdos por escrito y sin sesión, junta general, junta universal, junta sin sesión

Abstract: There is a clear trend in comparative law in favor of admitting that in closed companies the resolutions may be adopted in writing and without a meeting (as is the case, for example, in German,

* Este trabajo tienen su origen en la ponencia que presenté al Congreso sobre la “Guía de Boas Práticas nas PME-Sociedades por quotas”, organizado por el Instituto Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra. Dicho evento académico fue celebrado en 2021 de forma telemática, a causa de la grave situación sanitaria originada por la pandemia del Covid-19. Desde aquí quiero agradecer a los organizadores del Congreso su amabilidad al invitarme a participar en él. En especial, al Profesor Jorge COUTINHO D’ABREU, cuyo prestigio como mercantilista es bien conocido dentro y fuera de Portugal. En concreto, para dicho evento académico se me encomendó disertar sobre las recomendaciones de la “Guía de Boas Práticas nas PME-Sociedades por quotas” relativas a los procedimientos de adopción de acuerdos sociales. La ejecución de dicho cometido me llevó a comparar el régimen de adopción de acuerdos portugués con el español y, en particular, a analizar la admisión (y regulación) expresa por el legislador luso de la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión en las sociedades por quotas (similares a nuestras sociedades de responsabilidad limitada). Dichas reflexiones, posteriormente revisadas y ampliamente desarrolladas, han desembocado en este trabajo que se inserta dentro de los siguientes Proyectos de investigación: 1º) PROYECTO DE INVESTIGACIÓN NACIONAL (referencia: PID2020-117872RB-100) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España (IP: L. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ); 2º) PROYECTO DE INVESTIGACIÓN AUTÓNOMICO (referencia: P20_00002) financiado por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la Junta de Andalucía (IP: L. MIRANDA SERRANO); y 3º) PROYECTO FEDER-UCO (referencia: 1380525-R) financiado por la Universidad de Córdoba (IP: L. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ).

British, Italian, Portuguese, Swiss or Argentine legislation). In 1953 the Spanish legislator moved in the same direction. However, since 1995 our corporate legislation has omitted express reference to this flexible mechanism for the formation of the company will. In spite of this, there are arguments to sustain that our law fits in with the aforementioned trend. This paper presents and analyzes these arguments, offering a study of the issue both from the perspective of current law (*lege lata*) and from a prospective point of view (*lege ferenda*).

Keywords: written resolutions and without a meeting, general meeting, universal meeting, meeting without session.

Sumario: I. El procedimiento de adopción de acuerdos sociales por escrito y sin sesión: consideraciones preliminares, propósito y plan. II. Admisión expresa de este procedimiento de formación de la voluntad social en la Ley de Sociedades Limitadas de 1953. III. Ausencia de referencia expresa a este mecanismo de adopción de acuerdos en la Ley de Sociedades Limitadas de 1995 y en la vigente Ley de Sociedades de Capital. IV. Debilidad de los argumentos contrarios a la admisión en nuestro Derecho de este mecanismo de expresión de la voluntad social. V. Argumentos a favor de sostener que en nuestro ordenamiento no existe una admisión expresa, pero sí oculta o implícita, de esta vía flexible de adopción de acuerdos. VI. Doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública proclive a admitir cláusulas estatutarias que prevean este mecanismo de expresión de la voluntad social. VII. Práctica notarial y registral en la materia: acceso al Registro Mercantil de cláusulas estatutarias sobre adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. VIII. Inclusión de la práctica societaria referida en una clara tendencia de Derecho comparado flexibilizadora de los procesos de formación de la voluntad social. IX. Sobre la necesidad o no de previsión estatutaria que habilite para tomar acuerdos por escrito y sin sesión: respuesta de *lege lata*. X.- Adopción de acuerdos por escrito y al margen de la junta de socios: algunas reflexiones de *lege ferenda*. XI.- Consideraciones finales. XII. Bibliografía.

I. El procedimiento de adopción de acuerdos sociales por escrito y sin sesión: consideraciones preliminares, propósito y plan

1. Desde hace algún tiempo, la doctrina alemana viene cuestionándose si el órgano supremo de la sociedad de responsabilidad limitada es la junta general o consiste, en cambio, en los propios socios. Y aunque no cabe hablar de unanimidad en la respuesta que se ofrece a esta cuestión, lo cierto es que muy mayoritariamente se sostiene que, en rigor, el órgano lo constituyen los socios, siendo la junta general uno de los procedimientos establecidos por la ley para que puedan adoptarse los acuerdos de conformidad con el régimen de mayorías legalmente establecido¹. El fundamento de esta discusión dogmática no es difícil de comprender. Como se verá más adelante con mayor detenimiento, el Derecho de sociedades alemán (al igual, por ejemplo, que el británico, el italiano, el portugués, el suizo, el argentino o el mejicano) prevé expresamente la posibilidad de que los socios de una sociedad limitada puedan adoptar acuerdos por escrito y al margen de la junta. De donde buena parte de la doctrina germana deduce que el órgano de este tipo social está constituido por los propios socios. No por la junta general².

2. Este debate dogmático es también trasladable a nuestro Derecho. Es cierto que, a diferencia del legislador alemán, el español no prevé de forma expresa que en las sociedades cerradas, formadas por un escaso número de socios, los acuerdos puedan adoptarse por escrito y al margen de la asamblea³.

¹ Del modo en que se plantea este debate en la dogmática alemana da sucinta cuenta R. GARCÍA PÉREZ, “Los acuerdos por escrito de los socios: especial referencia al Derecho alemán y británico”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 36, 2011, p. 321.

² *Ibidem*.

³ Sobre las notas caracterizadoras de las *sociedades cerradas* (cuya forma legal es la sociedad de responsabilidad limitada, aun cuando en España son también perfectamente posibles las sociedades anónimas cerradas, dada la *polivalencia funcional* del tipo sociedad anónima), v., entre otros: P. ULMER, *Principios fundamentales del Derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, *passim*; J. ALFARO, “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, *InDret*, n° 4, 2005, pp. 6 y ss.

Pero, como habrá ocasión de exponer a lo largo de estas páginas, existen argumentos de relevancia para sostener que dicha vía de formación de la *voluntad social* no está vetada a los socios⁴. En todo caso, si está prevista y regulada de modo expreso por el vigente Derecho de sociedades español (de igual forma que lo hacen el alemán y la generalidad de los ordenamientos de nuestro entorno) la figura de la *junta o asamblea universal* que, como se sabe, permite a los socios, en su totalidad, adoptar acuerdos plenamente válidos sin tener que someterse a las exigencias legales de la celebración de la junta (previa convocatoria, lugar de celebración, etc.). Es más, el uso de estas juntas universales está muy extendido en la práctica, dado su especial atractivo para las pequeñas y medianas empresas con un reducido número de socios (ya revistan la forma de sociedad limitada o de anónima)⁵.

3. A mi juicio, la admisión expresa de la asamblea universal y la posibilidad legal (aunque *oculta* o *implícita*) de adoptar acuerdos por escrito y sin sesión, en los términos que habrá oportunidad de argumentar más adelante, han de poner en tela de juicio que la junta sea el órgano de formación y expresión de la voluntad social en las sociedades cerradas que, a diferencia de las cotizadas, no exigen imponer una cierta estandarización de esta materia en los estatutos (como sí lo requieren, en cambio, las compañías que cotizan en bolsa, debido a la circulación de sus acciones y a su negociación en un mercado anónimo). De ahí que no parezca descabellado sostener, en la misma dirección que la doctrina mayoritaria alemana antes referida, que en estas sociedades el órgano que crea la voluntad del ente colectivo son los propios socios. Desde este punto de vista, la junta habría de concebirse como un procedimiento *conveniente* de adopción de acuerdos por parte de los socios⁶. Pero no como el órgano de expresión y formación de la voluntad social (que es lo que, sin embargo, afirma un amplio sector doctrinal, debido sobre todo a la influencia de la regulación de las sociedades cotizadas)⁷.

⁴ Abro esta nota para aclarar, como bien señala GARCÍA-CRUCES, que cuando se habla de *voluntad social* (o *colectiva*) en este ámbito se utilizan estos términos en sentido metafórico, ya que, en rigor, “solo puede hablarse de voluntad por referencia a las personas naturales. Por ello la propia sociedad de capital no puede formar esa *voluntad social*. De este modo, la *voluntad social* vendrá determinada por la decisión de esas personas naturales que, conforme con el Derecho vigente, puedan adoptar las decisiones oportunas (...). En definitiva, la denominada *voluntad social* no es psicológicamente una voluntad de la sociedad sino una manifestación de la decisión de aquellas personas naturales que han participado en la conformación de aquélla. El resultado práctico que se sigue es el de afirmar la vinculación de la sociedad, y el gravamen del patrimonio social, como consecuencia de tales decisiones que se imputan a la persona jurídica”: J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 159”, en J.A. GARCÍA-CRUCES e I. SANCHO GARGALLO (Dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. III (relativo a la junta general y a la administración de la sociedad), Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2021, pp. 2218.

⁵ Al respecto pueden consultarse los datos (sobre sociedades limitadas y anónimas) que ofrece R. LARGO GIL, “Apunte sobre el tratamiento de los acuerdos sociales adoptados en una junta universal aparente” en J. JUSTE MENCIA y otros (Coord.), *Estudios sobre los órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum a Rodríguez Artigas y Esteban Velasco*, t. I, Cizur-Menor, 2017, pp. 445 y ss.

⁶ Que la junta general es un órgano *conveniente* es algo en lo que parece estar de acuerdo la comunidad jurídica. Así se pone de manifiesto, incluso, en aquellos ordenamientos en los que la legislación societaria prevé expresamente la posibilidad de adoptar acuerdos por escrito y sin junta. Este es el caso, por ejemplo, del Derecho portugués. En él la mejor doctrina recomienda que, en la medida de lo posible, los acuerdos se adopten en junta o asamblea en los siguientes términos: “Recomendase que, tanto quanto possível, os sócios adotem deliberações em assembleia geral (convocada ou universal), aproveitando as virtualidades da colegialidade/ponderação”, por cuanto que “(a)s assembleias gerais possibilitam a participação efetiva de cada sócio na vida da sociedade, com questionamentos, trocas de informação, debates, propostas e contrapropostas, em suma promovem maior transparência e decisões mais refletidas” (v. así la *Guía de boas práticas nas PME-Sociedades por quotas*, disponible en https://eg.uc.pt/bitstream/10316/95763/1/guia_miolo%20%28digital%29.pdf, pp. 9 y 10).

⁷ En esta dirección, a propósito de nuestro Derecho de sociedades: ALFARO, J., “El carácter necesario de la junta y su celebración por escrito y sin sesión”, disponible en <https://almacenederecho.org> (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022); IDEM, “La junta, los acuerdos sociales, la prohibición de la unanimidad y el reconocimiento de veto a los socios”, en J. JUSTE MENCIA (Dir.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum de Rodríguez Artigas y Esteban Velasco*, t. I, Ed. Aranzadi, Navarra, 2017, p. 688; IDEM “Comentario del artículo 159”, en J. JUSTE MENCIA y A. RECALDE CASTELLS (Coords.), *La junta General de las Sociedades de capital*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 20 y 21. Como ejemplo del amplio sector doctrinal (al que se alude en el texto) partidario de entender que la junta es el órgano de expresión y formación de la voluntad social (y pese a manifestarse a favor de un cambio legal que reconozca la posibilidad de adoptar acuerdos por escrito y sin sesión en nuestro ordenamiento): M. GARCÍA MANDALONIZ, “Hacia la Junta (Asamblea) General Electrónica”, *Perspectiva Jurídica*, n° 11, disponible en <http://www.edkpublicaciones.com> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2022), quien afirma que “en el Derecho español de sociedades de capitales en vigor se entiende la junta general como un órgano social necesario (...) y no se expresa la posibilidad (aunque esté extendida en la práctica de las pequeñas

4. De cualquier modo, el asunto al que acabo de referirme es controvertido y se resiste a admitir una respuesta categórica. En contra de la solución expuesta, cabría argumentar que cuando los acuerdos se adoptan por escrito y sin sesión, también existe junta, aunque, en rigor, los socios no lleguen a juntarse. Como se sabe, en la postmodernidad los conceptos son líquidos. Y de esa característica participa también la noción de junta general. Los socios pueden elegir que la toma de decisiones se realice de forma asíncrona, es decir, diferida en el tiempo y en el espacio. Se trataría en este caso de una junta celebrada sin la presencia física y simultánea de los socios en un determinado momento y lugar⁸. La pandemia del Covid-19 ha puesto claramente de manifiesto que la presencia física ya no es un requisito esencial para llevar a cabo una reunión, al equiparse plenamente con la virtual. De hecho, así lo corrobora la admisión legal expresa de las *juntas exclusivamente telemáticas*, ya sean generales, universales o especiales⁹. Además, la práctica societaria también viene demostrando que la presencia simultánea de los socios (en un mismo momento y lugar) tampoco constituye un requisito necesario para considerar que se ha celebrado una asamblea universal¹⁰. Se explica así la afirmación de que en la actualidad la presencia de los socios en la junta ha de ser relativizada¹¹. Junto a esto, cabría invocar otro argumento contrario a la tesis que priva a la junta de su condición de órgano de formación de la voluntad colectiva en las sociedades cerradas. Este pivota sobre la facultad reconocida expresamente en nuestro Derecho al consejo de administración para tomar decisiones por escrito y sin sesión, siempre que no se oponga a ello ningún

societario (en las sociedades cerradas) de acordar sin sesión y por escrito”. Por todos, a favor de la que junta es el órgano de formación de la voluntad social en las sociedades de capital (ya sean abiertas o cerradas), y pesa a admitir expresamente que se puedan adoptar acuerdos por escrito y sin sesión: J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 159”, cit., pp. 2217 y ss.

⁸ En esta dirección (esto es, admitiendo la existencia de junta celebrada de forma asíncrona) parece que van encaminadas las siguientes consideraciones que, siguiendo a NOACK, realizó, hace ya algunos años, A. RECALDE CASTELLS, “Incidencia de las Tecnologías de la Información y Comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas”, en *InDret*, nº 3, 2007, p. 20: “Por lo demás, *de lege ferenda* se ha llegado a defender que la inutilidad e ineficiencia del actual modelo de junta permitiría en el futuro, incluso, dar un paso hacia el supuesto en el que la junta ni siquiera se celebra en un concreto momento. Se piensa en la posibilidad de configurar la junta general como un proceso referendario que no requeriría la presencia coetánea de los accionistas. La voluntad de estos se iría manifestando (por vía electrónica, bien directamente o bien a través de *proxies*) en relación con los asuntos en los que la sociedad requiere su opinión, sin necesidad de que ello se produzca en una fecha determinada. El debate sobre los asuntos de incumbencia de los socios podría producirse en el marco de foros de accionistas, en los que podrían presentarse las diferentes propuestas para que estas fuesen conocidas por la sociedad y por otros socios o grupos con vistas a buscar alianzas. La voluntad definitiva de la sociedad se establecería si se alcanzan determinadas cuotas del capital a favor de la propuesta”.

⁹ Cuya incorporación a nuestro Derecho ha tenido lugar a través de la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas: BOE número 88, de 13 de abril 2021. Sobre ellas, sin pretensión de exhaustividad: S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, “Las juntas totalmente telemáticas en la Ley 5/2021: cláusula estatutaria, convocatoria y celebración”, disponible en <https://www.hayderecho.com> (fecha última consulta: 10 de noviembre de 2022); IDEM, “Las juntas totalmente telemáticas previstas en estatutos”, disponible en <https://www.elnotario.es> (fecha última consulta: 10 de noviembre de 2022); N. AUGOUSTATOS ZARCO, “La junta telemática en las sociedades de capital”, en A. MADRID PARRA y L. ALVARADO HERRERA (Dirs), *Derecho digital y nuevas tecnologías*, Ed. Aranzadi, 2022, pp. 1117 y ss.

¹⁰ Buena prueba de ello son las llamadas *juntas universales ficticias o asambleas de papel*, tan ampliamente utilizadas por las sociedades de carácter cerrado y a las que tendremos oportunidad de referirnos *infra*, en varias ocasiones. En relación con estas juntas, interesa destacar la STS 120/2015, 16 de Marzo de 2015, donde (entre otras cosas) el Alto Tribunal sostiene lo que sigue: “Es cierto que en la sentencia 222/2010, de 19 de abril (siguiendo a otras) declaramos que el cumplimiento de las normas sobre válida constitución de las juntas universales, como alternativa a la exigencia de una correcta convocatoria de los socios, afecta a la esencia del régimen jurídico de este tipo de sociedad, de modo que la celebración de tales reuniones de socios sin cumplir aquellas condiciones, constituye causa de nulidad y de infracción del orden público. Sin embargo, las circunstancias concurrentes en el caso que enjuiciamos imponen de inmediato la procedencia de exceptuar de dicha doctrina —o, lo que es lo mismo, de aplicar a la acción de impugnación la regla de caducidad anual— aquellos supuestos en que —como había declarado probado el Juzgado de lo Mercantil y no negado, expresa o implícitamente, la Audiencia Provincial—, por la reiterada decisión de los socios —exteriorizada *acta concludentia*—, las juntas universales no se reúnen de hecho, los temas se tratan por los partícipes en sus conversaciones telefónicas o aprovechando encuentros familiares y las actas se redactan después de aquellas o de estos, siendo firmadas por todos, sucesivamente, en sus respectivos domicilios. Quienes así actúan no pueden después afirmar —como aquí hacen al cabo de diez años— que, por razones de orden público, la acción de impugnación de los acuerdos, en cuya adopción intervinieron del relatado modo, no caducan en el plazo señalado por la norma en general para los acuerdos nulos” (Fundamento de Derecho 5º).

¹¹ J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 159”, cit., pp. 2224 y ss.

consejero (artículo 248 de la Ley de Sociedades de Capital). Todo apunta a que dicha previsión legal no conduce a poner en duda que quien adopta los acuerdos en estos casos es el consejo de administración, en su condición de órgano societario encargado de la administración, gestión y representación de la sociedad. No los propios consejeros, actuando de forma independiente respecto del consejo¹². En suma, desde el punto de vista al que aquí me refiero, podría concluirse que la tradicional reunión de los socios no es más que el medio que permite el ejercicio de sus derechos, por lo que “cuando la misma finalidad pueda ser realizada a través de otro procedimiento (telemático, postal, etc.) que no implique merma alguna de tales derechos, se habrán también adoptado acuerdos por la junta general”¹³.

5. Al margen de lo anterior, parece claro que la aceptación del mecanismo de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión comporta relevantes *ventajas* para las sociedades cerradas, caracterizadas por poseer un reducido número de socios relacionados normalmente entre sí por vínculos de parentesco o amistad y ser partícipes activos de la gestión social¹⁴. De un lado, por su especial adecuación a las necesidades de este tipo de compañías, al ahorrarles tiempo, costes y esfuerzo en la formación de la voluntad social¹⁵. De otro lado, porque la plasmación de los acuerdos por escrito despliega sobre los socios un *efecto psicológico* similar al que ejerce el documento contractual sobre los contratantes en el ámbito negocial, al hacerles tomar consciencia de que los acuerdos adoptados están dotados de efectos jurídicos. A este efecto psicológico habría que añadir, además, en paralelismo con lo que es predicable de la forma escrita en el ámbito de la contratación, la *función de certidumbre* inherente al documento en el que se hacen constar los acuerdos, en la medida en que confiere certeza a lo acordado. Y no solo frente a la base social, sino también ante terceros ajenos al contrato societario¹⁶.

6. El propósito de este trabajo reside en argumentar la admisión en nuestro Derecho del mecanismo de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión (presencial o virtual). Para ello se comenzará por exponer la solución por la que optó inicialmente el legislador español en 1953 (*infra*, II) que ha encontrado plasmación en el Derecho vigente en los mismos términos en que resultó de la regulación promulgada en 1995, año en el que vio la luz la segunda ley especial reguladora de la sociedad limitada en nuestro país (*infra*, III). A continuación, se analizará la debilidad de los argumentos contrarios a admitir en nuestro ordenamiento este procedimiento de formación de la voluntad social (*infra*, IV),

¹² Sobre esta cuestión (determinar si en las sociedades cerradas el órgano es la junta o son los socios) hemos celebrado (a finales de octubre de 2022) un Seminario en el Área de Derecho mercantil de la Facultad de Derecho y CC. Económicas y Empresariales de la Universidad de Córdoba. Desde aquí quiero agradecer su participación y aportaciones a los Profs. Drs. J. PAGADOR LÓPEZ, J.M. SERRANO CAÑAS, A. CASADO NAVARRO y P.M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, todos ellos compañeros en las tareas docente e investigadora.

¹³ J. A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 2226.

¹⁴ J. ALFARO, “Los problemas contractuales...”, *cit.*, p. 6.

¹⁵ En este sentido, a mediados de la pasada centuria, ya afirmaba J. GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, 1952, p. 273, que “las formalidades de las juntas propias de las grandes sociedades resultan desorbitadas (...) en las pequeñas sociedades anónimas”.

¹⁶ De forma muy expresiva, el notario L. JORQUERA GARCÍA expone la utilidad del procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, cuando indica que “basta con recordar el fenómeno sociológico de la reunión espontánea, el 30 de junio de cada año, de miles de socios de innumerables sociedades mercantiles que, no habiendo tenido ninguna ocasión de verse en el curso del año, se despiertan ese día con un ansia incontenible de ver a los demás socios, coinciden por una casualidad mágica en un mismo sitio, incluso viajando desde lugares remotos, y, no teniendo nada mejor que hacer, deciden constituirse en Junta universal y aprobar unas cuentas que, según se supone, conocen en profundidad...” (L. JORQUERA GARCÍA, “Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios por escrito y sin sesión”, disponible en <https://www.notariosyregistradores.com>; fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022). Y es que, ciertamente, como tendré ocasión de exponer más adelante, la no admisión expresa de este mecanismo flexible de formación de la voluntad social ha tenido como consecuencia un aumento considerable del número de falsas juntas universales (o juntas de papel), que es precisamente la idea a la que se refiere este autor en las palabras transcritas. También, *ad ex.*, sobre las ventajas de la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión: J. ALFARO, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 25, quien apunta, por un lado, que “el carácter escrito permite garantizar que los socios tienen *voluntad de los efectos*, es decir, que son conscientes de que están adoptando acuerdos sociales con efectos jurídicos” y, por otro, que a través de este mecanismo de adopción de acuerdos “se facilita la formación de la voluntad social, es decir, el consenso societario al dar tiempo, por ejemplo, a que los socios negocien entre sí para conformar las mayorías —o la unanimidad— en la adopción de acuerdos”.

así como aquellos otros que conducen a la solución contraria (*infra*, V). Seguidamente, la atención se centrará tanto en la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (*infra*, VI), como en la práctica notarial y registral sobre la materia (*infra*, VII). Una vez analizada de forma sucinta la regulación que ofrecen a esta cuestión algunos ordenamientos de Derecho comparado, en los que se constata una clara tendencia flexibilizadora de los procesos de formación de la voluntad social (*infra*, VIII), se llevará a cabo un estudio de *lege lata* que conducirá a admitir la viabilidad de este mecanismo de adopción de acuerdos sin que sea necesaria una cláusula estatutaria que expresamente lo autorice (*infra*, IX). Por último, se realizarán unas reflexiones de *lege ferenda* sobre la materia (*infra*, X), seguidas de unas consideraciones finales (*infra*, XI).

II. Admisión expresa de este procedimiento de formación de la voluntad social en la Ley de Sociedades Limitadas de 1953

7. La primera Ley española de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953¹⁷ admitió de modo expreso la posibilidad de adoptar acuerdos por escrito, sin necesidad de convocar y celebrar la junta o asamblea de socios. Así se infería indubitadamente de sus artículos 14 y 15¹⁸. En concreto, el primero de estos preceptos disponía lo siguiente: “La voluntad de los socios, expresada por mayoría, regirá la vida de la sociedad. Cuando el número de socios exceda de quince, o cuando así lo exija la escritura, la mayoría habrá de formarse necesariamente en junta general. *En otro caso, el acuerdo social podrá adoptarse por correspondencia postal o telegráfica, o por cualquier otro procedimiento que garantice, con arreglo a la Ley o a la escritura, la autenticidad de la voluntad declarada*”¹⁹. Por su parte, el artículo 15, en coherencia con la disposición precedente, añadía que “los acuerdos sociales, *hayan sido o no adoptados en junta general de socios*”, eran susceptibles de impugnación en los mismos términos que los acuerdos adoptados en junta general²⁰.

8. La justificación de esta opción de política legislativa era expresada con gran claridad por el legislador en la Exposición de Motivos de esta Ley. Lo hacía en los siguientes términos: “Parece lógico que cuando la sociedad de responsabilidad limitada, como muchas veces ocurre en la práctica, sea una sociedad de pocos socios ligados entre sí por vínculos de parentesco o de confianza, no se exija la junta general como cauce de formación de la voluntad social”.

9. Es verdad que el legislador renunció a diseñar en la ley este procedimiento de adopción de acuerdos. Antes bien, se decantó por dejar dicha tarea en manos de los propios socios. No otra cosa se desprendía del artículo 7 núm. 9 de la Ley de 1953. Según este precepto, correspondía a la escritura social, en la que se estableciese el modo de adopción de los acuerdos, hacer constar “la forma de deliberar y tomar acuerdos la junta de socios y la forma de convocarla y constituir la, en el supuesto de que exista, o, en caso contrario, la forma de tomar acuerdos por escrito”²¹. En todo caso, la práctica puso de manifiesto que habitualmente se seguía el siguiente procedimiento: quien tomaba la iniciativa para activar este mecanismo flexible de formación de la voluntad social (que, según aclaró la Dirección General de los Registros y del Notariado, había de ser el órgano de administración²²) enviaba a cada socio la pro-

¹⁷ Ley de 17 de julio de 1953 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada: BOE, nº 199, de 19 de julio de 1953.

¹⁸ Acerca de la regulación de esta materia por el legislador de 1953 en los términos que expongo sucintamente a continuación v. más información en J. D. BARBA DE VEGA, “La adopción de acuerdos por escrito en las sociedades de responsabilidad limitada”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 147-148, 1978, pp. 51 y ss.; y más tarde, siguiendo en gran medida al anterior, R. GARCÍA PÉREZ, “Los acuerdos por escrito de los socios...”, *cit.*, pp. 316 y ss.

¹⁹ Cursiva propia.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Cursiva propia.

²² Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de octubre de 1993: “El segundo de los defectos cuestionados hace referencia a la cuestión de *quién está legitimado para promover la adopción de acuerdos por escrito*. En este sentido, es indudable que *tal cometido es competencia del órgano de administración*, y no sólo porque así resulta de la

puesta de acuerdos a adoptar por escrito, realizándose el envío a través de carta certificada con acuse de recibo o por cualquier otro medio que dejara constancia de la remisión (como la entrega en mano de la propuesta y la subsiguiente firma por el socio de un justificante de haberla recibido).

10. En cuanto al modo de expresar el voto por los socios, se hacía una mención expresa en la Ley de 1953 a la correspondencia postal o telegráfica, aunque se admitía la utilización de cualquier otro medio escrito que permitiese demostrar su existencia y contenido, así como la identidad del emisor. En todo caso, lo que resultaba improcedente era la emisión verbal del voto (por ejemplo, vía telefónica). Sobre todo, porque este modo de votar no se correspondía con el tenor del artículo 7 núm. 9 de la Ley de 1953, al que antes aludí, que se refería expresamente a “la forma de adoptar acuerdos *por escrito*”²³.

11. Tampoco se decía nada en la Ley de 1953 acerca de si este mecanismo de expresión de la voluntad social era válido o no para la adopción de cualquier tipo de acuerdo. Razón por la cual correspondió al Tribunal Supremo pronunciarse sobre este extremo. En su opinión, no cabía prescindir de la junta de socios para decidir sobre las materias a las que se refería específicamente el artículo 17 de la Ley, esto es, las llamadas *modificaciones societarias y estructurales* (aumento o reducción del capital social, prórroga de la duración de la sociedad, fusión, transformación, disolución y, en general, cualquier modificación de la escritura social)²⁴.

12. De todos modos, pese a la posibilidad ofrecida por el legislador de 1953 de adoptar acuerdos por escrito y al margen de la junta o asamblea de socios, lo cierto es que en la práctica notarial era bastante usual la inclusión en los estatutos de una cláusula según la cual los acuerdos habían de adoptarse necesariamente en junta general, dada la mayor seguridad jurídica que se confería en estos casos a la formación de la voluntad social. De ahí que no sea erróneo concluir que, de facto, bajo la vigencia de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, la reunión de los socios en un determinado momento y lugar, pese a no ser el único procedimiento de expresión de la voluntad colectiva reconocido legalmente, se presentaba como la *via natural* para la adopción de los acuerdos sociales²⁵.

III. Ausencia de referencia expresa a este mecanismo de adopción de acuerdos en la Ley de Sociedades Limitadas de 1995 y en la vigente Ley de Sociedades de Capital

13. La situación descrita cambió tras la aprobación y entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995²⁶, segunda ley especial destinada a regular este tipo social en nuestro ordenamiento. En efecto, a partir de entonces el legislador confirió a la junta de socios, al menos aparentemente, la condición de órgano necesario para la expresión de la voluntad social. Con tal fin, fijó las reglas formales propias de los órganos colegiados a las que debía adaptarse en su funcionamiento. Y, como complemento de lo anterior, confirió a los registradores mercantiles la competencia-deber de controlar su efectivo cumplimiento.

14. Se optó así, al menos a primera vista, por un régimen rígido de formación de la voluntad colectiva que contrasta con lo dispuesto primeramente por los artículos 14 y 15 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953 (antes referidos) y posteriormente con lo establecido por el artículo

aplicación analógica del artículo 15 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que confiere a éstos la facultad de convocar la junta general, sino, además, porque tal solución es la única coherente con el esquema legal de funcionamiento de la sociedad, y de distribución competencial entre sus órganos, y la única que garantiza su viabilidad y ordenado desenvolvimiento” (cursiva propia).

²³ Cursiva propia.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1962, en la que se aludía, en concreto (como acuerdos que habían de adoptarse necesariamente en junta) a los “que modifiquen en cualquier forma la escritura social”.

²⁵ Así lo constata, *ad ex.*, V. GARRIDO DE PALMA, *La sociedad de responsabilidad limitada*, Ed. Trivium, Madrid, 1966, p. 66.

²⁶ Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada: BOE, nº 71, de 24 de marzo de 1995.

10 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico de 1991²⁷, permisivo de la adopción de acuerdos “por correspondencia o por cualquier otro medio que permita tener constancia escrita de la consulta y del voto emitido”. Es claro que la nueva disciplina legal de adopción de acuerdos de 1995 difícilmente satisfacía las necesidades de las sociedades limitadas, configuradas típica y normalmente como entidades cerradas compuestas por un reducido número de socios²⁸.

15. En lo que aquí especialmente interesa, la nueva Ley de 1995 suprimió la referencia legal expresa al procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, dotado de una mayor laxitud que la celebración de una junta o asamblea de socios. Así lo corroboraba el artículo 43.1 de esta Ley, en la medida en que se limitaba a disponer (con omisión de toda alusión a la adopción de acuerdos por escrito o por cualquier otro procedimiento que garantizase la autenticidad del voto) que “[l]os socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta”.

16. Desde un primer momento, este cambio legislativo mereció la crítica de un sector de la doctrina mercantilista. A su juicio (que compartimos), no parecía acertado excluir la posibilidad de adoptar acuerdos por escrito y sin sesión en un tipo social caracterizado por su flexibilidad y por el papel tan relevante que dentro de él juega el principio de la autonomía de la voluntad²⁹. Y es que, aun cuando la experiencia derivada de la Ley de 1953 puso de manifiesto una escasa aplicación práctica del mecanismo de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, no llegaban a comprenderse bien las razones que llevaron al legislador de 1995 a no contemplar en la ley esa posibilidad, que suponía una nota de flexibilidad diferenciadora del régimen jurídico de la sociedad limitada respecto del de la anónima³⁰.

17. Para otra doctrina, sin embargo, esta valoración negativa carecía de consistencia. Sobre todo, en consideración a dos argumentos principales. De un lado, las mayores posibilidades de deliberación que son inherentes al procedimiento de adopción de acuerdos en el seno de las juntas de socios. De otro lado, la constatación de que las ventajas ligadas al mecanismo de adopción de acuerdos por escrito podían conseguirse en la práctica mediante una combinación de dos instituciones jurídicas sí admitidas y reguladas de forma expresa por la Ley de 1995: **1ª**) la junta universal, que posibilita la adopción de acuerdos sin cumplir las exigencias de celebración de las juntas cuando están presentes todos los socios y así lo deciden, y **2ª**) la figura de la representación, que permite a los socios nombrar a representantes para asistir y votar en estas asambleas totalitarias³¹. A lo que se unía también, como apuntó algún autor, la escasa relevancia práctica de este mecanismo de formación de la voluntad social, dada la muy parca utilización que de él se había hecho durante la vigencia de la Ley de Sociedades Limitadas de 1953³².

18. No es éste el lugar para detenernos en las razones justificadoras de este cambio legislativo. Baste indicar que, al parecer, no obedeció a que para los redactores de la Ley de 1995 el procedimiento de adopción de acuerdos por escrito fuese considerado perjudicial y, por ende, rechazable. Antes bien,

²⁷ Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico: BOE, nº 103, de 30 de abril de 1991.

²⁸ A. RECALDE CASTELLS, A., “Comentario del artículo 182 de la Ley de Sociedades de Capital”, en J. JUSTE MENCIA y A. RECALDE CASTELLS (Coords.), *La junta general de las sociedades de capital*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 399 y 400.

²⁹ En este sentido, *ad ex.*, E. GALÁN CORONA, “La junta general”, en U. NIETO CAROL (Coord.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998, p. 605.

³⁰ Así, entre otros, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Una visión crítica del Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en AA.VV., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Ed. Dykinson, Madrid, 1994, p. 99.

³¹ De este modo se pronuncian, *ad ex.*, R. URÍA, A. MENÉNDEZ y J.L. IGLESIAS, “La Sociedad de Responsabilidad Limitada: Órganos sociales. La Junta general de socios”, en R. URÍA y A. MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 2ª ed., pp. 1219 y ss.

³² F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La junta general de socios”, en R. GARCÍA VILLAVEDE y otros (Coords.), *Derecho de las Sociedades de Responsabilidad Limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, t. I, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 589 y 590.

todo apunta a que se sustentó principalmente en la complejidad que es inherente a la regulación jurídica de los acuerdos adoptados por correspondencia, dados los no pocos problemas que a ellos se anudan³³.

19. Sí interesa siquiera aludir a las principales consecuencias derivadas de esta decisión del legislador societario de 1995. Éstas consistieron básicamente en un aumento considerable de la celebración de juntas universales de carácter ficticio. Se trata de un efecto lógico y de fácil comprensión. Ante la opción (al menos, aparente) por un sistema legal de expresión de la voluntad social de marcada rigidez, la reacción natural de las sociedades limitadas cerradas fue mentir, haciendo constar en las actas la celebración de asambleas universales que, en realidad, nunca tuvieron lugar³⁴. De ahí su denominación de *asambleas ficticias* o *meras juntas de papel*³⁵.

20. En todo caso, como he indicado con anterioridad en varias ocasiones, la opción de política legislativa seguida en esta materia por la Ley de 1995 (considerablemente más rígida que la elegida en 1953) era más *aparente* que real. En rigor, el conocimiento de la solución legal que *realmente* rige en nuestro ordenamiento desde 1995 exige plantearnos una pregunta y tratar de responderla del mejor modo posible, no vaya a ser que ocurra en esta materia lo que sentenció magistralmente FEDRO en sus *Fábulas*, esto es, que las cosas no sean como parecen ser (*non semper ea sunt quae videntur*). La pregunta podría formularse del modo siguiente: ¿La omisión de la referencia legal expresa a este procedimiento de formación de la voluntad social (en contraste con lo que habían hecho precedentemente los artículos 14 y 15 de la Ley de limitadas de 1953 y el artículo 10 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico) ha de interpretarse en el sentido de que dicho procedimiento no es viable en nuestro ordenamiento y, por consiguiente, está vetado a los socios recurrir a él?

21. Ofrecer una respuesta adecuada a esta cuestión exige constatar que, en principio, de la regulación de la junta de socios contenida en la Ley de limitadas de 1995, primero, y en la vigente legislación de las sociedades capitalistas de 2010, después, cabría deducir que para que pueda formarse válidamente la voluntad social es necesaria la celebración de una asamblea general o universal (o, en su caso, especial). No en vano, en esta dirección parece que apuntan, entre otros, los siguientes preceptos, todos ellos de Ley de Sociedades de Capital³⁶: el artículo 159, que alude a “los socios reunidos en junta general”; el artículo 160, que atribuye a la junta general la competencia de “deliberar y acordar”; el artículo 164, que, al regular la junta ordinaria, utiliza los términos “se reunirá”; el artículo 175, que habla de “lugar de celebración”; el artículo 178, que, al referirse a las juntas universales, exige que en ellas “esté presente o representada la totalidad del capital social”; y, por último, el artículo 179, en el que se dice que “todos los socios tienen derecho a asistir a la junta general”³⁷.

22. Mas, en rigor, la anterior interpretación, aunque inicial y aparentemente válida, carece de consistencia³⁸. En mi opinión, a esta conclusión apunta precisamente la delibidad de los argumentos que, sobre la base de esta regulación, se han esgrimido por un sector de nuestra comunidad jurídica (sobre todo, por algunos registradores mercantiles y ciertos autores) a favor de entender que la formación de la voluntad social exige de forma inexorable la celebración de una junta o asamblea de socios. De este asunto me ocupo a continuación.

³³ Así, en concreto, A. ROJO, “La sociedad de responsabilidad limitada: problemas de política y técnica legislativa”, en AA.VV., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Ed. Dykinson, Madrid, 1994, pp. 76 y 77, de cuyas palabras se hacen eco posteriormente: R. GARCÍA PÉREZ, “Los acuerdos por escrito de los socios...”, *cit.*, pp. 317 y 318 y T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY, “La adopción de acuerdos por escrito y sin junta”, en *Derecho de los Negocios*, nº 205, 2007, pp. 6 y 17 (nota 6).

³⁴ A. RECALDE CASTELLS, “Comentario del artículo 182...”, *cit.*, p. 400.

³⁵ Con la expresión “junta de papel” se alude (en palabras de J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “La impugnación de las juntas generales inexistentes”, disponible en <https://eprints.ucm.es>; fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022), a aquella junta “que se traduce en la conformidad unánime de los socios para firmar el acta de una junta universal y aparentar así que ésta tuvo efectivo lugar” (pp. 11 y 12).

³⁶ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital: BOE nº 161, de 3 de julio de 2010.

³⁷ L. JORQUERA GARCÍA, “Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios por escrito y sin sesión”, *cit. supra*.

³⁸ *Ibidem*.

IV. Debilidad de los argumentos contrarios a la admisión en nuestro Derecho de este mecanismo de expresión de la voluntad social

23. La situación legal a la que sucintamente acabo de referirme explica que varios registradores mercantiles hayan expresado su opinión contraria a la legalidad de las cláusulas estatutarias que permiten adoptar acuerdos por escrito y sin sesión. En defensa de esta tesis, se han invocado varios argumentos: 1º) en primer lugar, la *naturaleza deliberativa* que es inherente a la junta o asamblea de las sociedades de capital; 2º) en segundo lugar, los *principios configuradores del tipo social*; 3º) y, por último, la *falta de previsión expresa en la ley* de este mecanismo de adopción de acuerdos sociales. Realmente ninguno de estos argumentos es determinante. Todos carecen de la consistencia necesaria para negar viabilidad a esta vía flexible de formación de la voluntad social en el Derecho vigente. A continuación explico las razones que sustentan esta afirmación³⁹.

24. En cuanto al primero de ellos, aunque es cierto que la junta de socios es un órgano *deliberativo* (pues la ley le atribuye la competencia de “deliberar y acordar” y, en coherencia con ello, la mejor doctrina mercantilista configura la deliberación como una fase o etapa de la junta de la que no puede prescindir el Presidente, aunque sí limitarla⁴⁰), no menos verdad es que nadie puede obligar a los socios a deliberar con carácter previo a la adopción de un determinado acuerdo. La deliberación es *facultad* de la junta, pero no constituye un *deber* legal. Por tanto, nada impide a los socios renunciar a su derecho a participar en las deliberaciones con anterioridad a la adopción de los acuerdos que figuran en el orden del día de la sesión. De no ser así, los registradores deberían solicitar la comprobación de la existencia de deliberación previa en todas las certificaciones de acuerdos. Sin embargo, no lo hacen por no ser la deliberación una verdadera exigencia legal⁴¹. La junta y, en suma, los socios que a ella asisten deliberan únicamente cuando lo desean⁴². Es más, tratándose de sociedades unipersonales, habría que preguntarse si el socio único delibera consigo mismo previamente a la toma de decisiones relativas a su sociedad⁴³.

25. El segundo argumento, referente a los *principios configuradores del tipo social*, tampoco parece decisivo. Al margen de las dudas, plenamente fundadas, que se suscitan en torno a la existencia

³⁹ En lo que sigue, he tenido en cuenta especialmente la argumentación expresada por J. PASCUAL MALDONADO, “La junta de socios por escrito y sin sesión”, disponible en <https://almacen.derecho.org> (fecha última consulta: 2 de noviembre de 2022); ALFARO, J., “Comentario del art. 159”, *cit.*, pp. 20 y ss.; IDEM, “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, pp. 690 y ss.; IDEM, “El carácter necesario de la junta y su celebración por escrito...”, *cit. supra*; JORQUERA GARCÍA, L., “Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios por escrito...”, *cit. supra*; J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, pp. 2225 y ss.

⁴⁰ Las siguientes palabras de R. URÍA, A. MENÉNDEZ Y J. GARCÍA DE ENTERRÍA recogen bastante bien el sentir doctrinal sobre esta materia: “En las Juntas Generales (...) la libre discusión previa es requisito sustancial para que pueda expresarse por mayoría la voluntad social, y no es admisible que los estatutos o la presidencia de la Junta puedan suprimir el debate, privando a los accionistas de emitir su opinión o parecer; la supresión radical de toda discusión o debate *contra la voluntad de los socios* viciaría el acuerdo de nulidad. Esto no quiere decir que hayan de reputarse ilícitas aquellas cláusulas estatutarias que, apoyadas en evidentes razones de carácter práctico, limiten en alguna forma el uso de la palabra” (la cursiva es propia y persigue poner énfasis en el dato de que nada obsta a la supresión de la deliberación si la misma se realiza de conformidad con los socios): v. R. URÍA, A. MENÉNDEZ Y J. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La sociedad anónima: Órganos sociales. La Junta general de accionistas”, en R. URÍA y A. MENÉNDEZ (Dir.), *Curso de Derecho mercantil*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 880.

⁴¹ Por consiguiente, no es de recibo la afirmación del registrador mercantil III de Valencia según la cual “la junta general es un órgano deliberante y en su desarrollo no cabe excluir la deliberación que necesariamente es previa al derecho de voto (artículos 159 y concordantes de la Ley de Sociedades de Capital y 126 del Reglamento del Registro Mercantil)”: v. el Fundamento de Derecho 1º de la Resolución de 8 de enero de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil III de Valencia a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada (BOE, nº 23, de 26.1.2018). Como tratamos de poner de manifiesto, la deliberación puede ser excluida, siempre que dicha exclusión no sea en contra de los socios, porque estos pueden perfectamente renunciar a su derecho a deliberar (de igual modo que pueden renunciar a ejercitar otros derechos, como el de voto, el de suscripción preferente o el de información).

⁴² En este sentido, se afirma que “es cosa de los socios decidir si quieren deliberar o no aunque ha de reconocerse que, salvo que los estatutos digan otra cosa, en principio cada socio tiene derecho a que se delibere previamente a la adopción de un acuerdo”; así J. ALFARO, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 27 y, en muy parecidos términos, v. este mismo autor en “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, p. 695.

⁴³ L. JORQUERA GARCÍA, “Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios por escrito...”, *cit. supra*; J. ALFARO, “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, pp. 690 y ss.; IDEM, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 22.

real de estos principios (confieso que en mi juventud creí en ellos⁴⁴, pero que con el paso del tiempo mi descreimiento de los mismos se ha ido acrecentando, pues en el fondo estos principios han de extraerse de la ley imperativa y es difícil —si no imposible— separarlos y diferenciarlos de ella⁴⁵), parece claro que no existe un principio configurador de la sociedad limitada que exija que la voluntad social sobre una determinada materia pueda formarse únicamente cuando los socios coinciden en un mismo momento y lugar, esto es, en el seno de una junta o asamblea general. La validez de las juntas universales (que, como se sabe, se celebran prescindiendo de los requisitos legales de celebración de las asambleas) y la admisión de las decisiones del socio único en el caso de las sociedades unipersonales (pues es claro y evidente que un solo socio no puede reunirse consigo mismo) constituyen argumentos de peso para negar a la formación de la voluntad social en junta general de socios el carácter de principio configurador del tipo social⁴⁶.

26. Como apunté más arriba, el tercer argumento se refiere a la ausencia de una norma o disposición expresa en el Derecho societario español que admita el mecanismo de adopción de acuerdos al que me refiero. En mi opinión, tampoco se trata de un argumento fundamental. Pese a que la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión en sociedades cerradas no está expresamente prevista en la ley, no podemos obviar que esta materia pertenece al ámbito de la autonomía privada. De modo que, garantizada la unanimidad de los socios en la utilización de este procedimiento de adopción de acuerdos, no llegan a concretarse qué intereses legítimos podrían justificar semejante restricción de la autonomía de la voluntad⁴⁷. De hecho, los preceptos de la Ley de Sociedades de Capital a los que me referí con anterioridad (artículos 159, 160, 164, 175, 178 y 179) no prohíben la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Se limitan a regular el funcionamiento de la junta de socios cuando se recurre a ella como cauce o instrumento de expresión de la voluntad social⁴⁸. Y parece claro que el hecho de que un supuesto no esté expresamente previsto por la ley no supone inexorablemente que esté prohibido⁴⁹. Además, como se verá más adelante, el vigente Reglamento del Registro Mercantil (artículo 100.1) sí parece admitir la vía

⁴⁴ Como así lo corrobora un trabajo sobre las participaciones sin voto publicado hace dos décadas y escrito en coautoría con J. PAGADOR LÓPEZ: v. L.M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ, “¿Participaciones sin voto? Ensayo de una respuesta (*de lege data*) para una cuestión societaria particularmente controvertida”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 18, 2002, pp. 167 y ss.

⁴⁵ En este sentido, coincido con J. ALFARO cuando concluye que “el añadido del artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital que contiene la referencia a los principios configuradores del tipo vale tanto como si no estuviera. Responde a una doctrina que ha sido arrumbada ya en el país que la patrocinó en los años sesenta y setenta del pasado siglo”: J. ALFARO, J., “Los principios configuradores del tipo societario”, disponible en <https://almacen.derecho.org> (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022). Dicho país es Alemania, como expone y desarrolla este mismo autor en “Más sobre los principios configuradores del tipo” (accesible en <https://derecho.mercantiles.es> y idéntica fecha de última consulta). En esta otra entrada, ante la pregunta de qué normas de la Ley de Sociedades de Capital aplicables a un determinado tipo societario merecen tener la consideración de *configuradoras del tipo*, responde que “ninguna que no sea ya, por decisión expresa del legislador o en vía interpretativa, una *norma imperativa*” (cursiva propia). Por todos, sobre la inconsistencia de los principios configuradores del tipo, v. las muy atinadas consideraciones que realiza C. PAZ-ARES, “¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)”, en C. PAZ-ARES (Coord.) *Tratando de la sociedad limitada*, 1997, pp. 192 y ss.

⁴⁶ J. PASCUAL MALDONADO, “La junta de socios por escrito...”, *cit. supra*; J. ALFARO, “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, pp. 690 y ss.; IDEM, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, pp. 21 y 22; IDEM, “El carácter necesario de la junta y su celebración...”, *cit. supra*; L. JORQUERA GARCÍA, “Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios por escrito...”, *cit. supra*; J. A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 2225.

⁴⁷ *Ibidem*

⁴⁸ *Ibidem*; pero, especialmente, J. ALFARO, “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, pp. 694 y ss.; IDEM, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, pp. 20 y ss. y L. JORQUERA GARCÍA, “Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios por escrito...”, *cit. supra*; en concreto, en palabras del primero de los autores citados, “de acuerdo con el principio general de libertad de configuración estatutaria (art. 28 LSC) toda la regulación de la junta en dichos preceptos debe considerarse dispositiva. Los estatutos sociales —el contrato de los socios— deben regular las reuniones de los socios como los socios estimen conveniente. No hay ninguna razón de protección de terceros que permita limitar la autonomía privada (...) salvo para las sociedades cotizadas en las que la circulación de las acciones y su negociación en un mercado anónimo justifica imponer cierta estandarización en los estatutos sociales” (p. 20).

⁴⁹ En este sentido señala, *ad ex.*, J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 2225, que “el silencio legal sobre esta posibilidad [con referencia a la adopción de acuerdos por escrito y sin reunión] no implica —al menos necesariamente— su prohibición”, añadiendo que “la impropiedad de un procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión solo tendría cabida en una norma que así lo sancionara o que resultara contraria a dicha posibilidad, pero no, desde luego, en la mera omisión de pronunciamiento por parte del legislador”.

flexible de expresión de la voluntad colectiva sobre la que versan estas reflexiones, sin que pueda considerarse que dicha norma reglamentaria es contraria a ley, pues (como acabo de indicar) ésta no prevé de forma expresa el sistema de adopción de acuerdos por escrito, pero tampoco lo prohíbe.

V. Argumentos a favor de sostener que en nuestro ordenamiento no existe una admisión expresa, pero sí oculta o implícita, de esta vía flexible de adopción de acuerdos

27. A mi juicio, cabría invocar en esta materia el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital que, como se sabe, reconoce la facultad de introducir en la escritura y en los estatutos “todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido”. Así lo entiendo por cuanto que, como acabo de expresar, la normativa vigente reguladora de la adopción de acuerdos sociales no prohíbe que éstos se adopten por escrito y sin sesión (presencial o virtual). Y, además, la adopción de acuerdos en junta no constituye un principio configurador del tipo social. De ahí que no debiera considerarse jurídicamente inadmisibles una cláusula estatutaria que habilite a los socios a recurrir a este procedimiento de formación de la voluntad colectiva (*ex* artículo 28 antes referido). Más aún si se tiene en cuenta la amplia libertad que la Ley de Sociedades de Capital confiere a los socios en relación con el procedimiento que haya de seguirse para la adopción de los acuerdos sociales, como se infiere claramente del artículo 23 letra f) de dicha Ley, que admite la procedencia de los pactos estatutarios referentes “al modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad”⁵⁰.

28. Es más, como expondré más adelante con mayor detenimiento e insistencia, soy partidario de entender que, existiendo unanimidad de los socios en cuanto a la adopción de acuerdos sociales por el procedimiento aquí abordado, ni tan siquiera sería necesario contar con una cláusula en los estatutos que les habilitara para tomar acuerdos por esta vía. Por ahora me limito simplemente a apuntar esta idea que, como se constatará *infra*, no coincide ni con la opinión manifestada al respecto por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, ni con la mantenida por la totalidad de la doctrina mercantilista.

29. Como apoyo a la admisión en nuestro Derecho del procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, cabría invocar varios argumentos. En primer lugar, es razonable sostener que la clara e indubitada admisión legal de la *junta universal* en nuestro ordenamiento justifica que, aunque no exista habilitación estatutaria sobre la materia, la celebración de la asamblea puede ser omitida si todos los socios se ponen de acuerdo por unanimidad en utilizar el procedimiento escrito para la adopción de determinados acuerdos⁵¹.

30. A la idea precedente (que me parece fundamental) apunta el Derecho vigente. De él se infiere con relativa claridad que los límites legales y estatutarios aplicables a los acuerdos de los socios se extienden también a la junta universal. Aunque, sin embargo, no cabe afirmar lo mismo de las reglas relativas a la propia reunión o asamblea (convocatoria previa, lugar de celebración, etc.). Razón por la cual puede concluirse que, mediante la admisión de la junta universal, la legislación societaria faculta a los socios a formar la voluntad social prescindiendo de la aplicación de las normas reguladoras de la junta de socios.

31. De hecho, en el terreno de la práctica, la forma de actuar de las sociedades cerradas suele ser ésta. Únicamente cuando alguno de los acuerdos tomados ha de acceder al Registro Mercantil, el control registral de la regularidad de su adopción lleva a los socios a formalizarlo documentalmente. Realmente

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Sobre esta idea (a mi juicio, de gran relevancia) para fundamentar la admisión del mecanismo de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión en nuestro ordenamiento: J. ALFARO, “El carácter necesario de la junta y su celebración...”, *cit. supra*; IDEM, “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, pp. 690 y ss.; IDEM, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, pp. 21 y ss.

en dichos documentos los socios mienten en numerosísimas ocasiones, al expresar que se reunieron en un lugar y momento determinados para formar la voluntad social. Empero, no fue esto lo que en verdad aconteció. Antes bien, fue el administrador quien redactó el acta y recogió en ella las firmas de la totalidad de los socios, al margen de la celebración de reunión alguna. Nos encontramos, por tanto, en estos supuestos ante las conocidas como *juntas universales ficticias* o *juntas de papel*, a las que me referí con anterioridad, cuando aludí a las consecuencias derivadas de la opción de política legislativa en materia de formación de la voluntad social que, en contraste con la Ley precedente de 1953, siguió el legislador español en la Ley de Sociedades Limitadas de 1995⁵².

32. Junto a lo anterior, habría que considerar un segundo argumento. Me refiero a que la *posibilidad* (admitida expresamente en la legislación española por el artículo 248 de la Ley de Sociedades de Capital) *de adoptar acuerdos por escrito y sin reunión en el seno del consejo de administración*, podría ser trasladable a la junta y entender así que cuando la totalidad de los socios esté conforme con la utilización de este procedimiento, es posible adoptar acuerdos por escrito y sin necesidad de asamblea⁵³. Es decir, nada parece impedir que el régimen de adopción de acuerdos previsto para el consejo de administración de la sociedad anónima sea aplicado analógicamente a la adopción de acuerdos sociales⁵⁴.

33. En tercer lugar, no ha de perderse de vista el artículo 189.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Aunque dirigido a la sociedad anónima, este precepto se ha considerado también aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada⁵⁵. Su redacción es la siguiente: “De conformidad con lo que se disponga en los estatutos, el voto de las propuestas sobre puntos comprendidos en el orden del día de cualquier clase de junta general podrá delegarse o ejercitarse por el accionista *mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia*, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto”⁵⁶.

34. A la vista de esta norma (artículo 189.2) y tratándose de sociedades cerradas formadas por un escaso número de socios, es factible pensar en la hipótesis de que todos ellos hayan ejercitado sus votos de manera anticipada (por ejemplo, por vía electrónica) y ninguno acuda posteriormente a la asamblea en el lugar y hora señalados en la convocatoria. De producirse esta situación, parece claro que estaríamos en la práctica ante lo que podríamos llamar una *junta sin sesión* o, si se prefiere, un *supuesto de formación de la voluntad social que prescinde de la reunión* (presencial o virtual) *de los socios en una junta o asamblea*⁵⁷.

35. Por último, si se deja a un lado la Ley de Sociedades de Capital (que, como se ha anticipado, trae causa en esta materia de la Ley de limitadas de 1995) y se centra la atención en el vigente Reglamento del Registro Mercantil⁵⁸, cabría efectuar dos consideraciones de interés para los fines que aquí interesan. Bien entendido que es la segunda de ellas (referente al artículo 100.1 del Reglamento del Registro Mercantil) la que reviste una mayor relevancia para el propósito que se persigue.

⁵² A ellas aluden, entre otros, A. RECALDE CASTELLS, A., “Comentario del artículo 182”, *cit.*, p. 400; y F.J. LEÓN SANZ, “Comentario del artículo 178”, en J. JUSTE MENCIA y A. RECALDE CASTELLS (Coords.) *La junta general de las sociedades de capital*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 350 y ss.

⁵³ Insiste en este argumento a favor a la admisión del mecanismo de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión: J. ALFARO, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, pp. 21 y ss.; IDEM, “El carácter necesario de la junta y su celebración por escrito...”, *cit. supra*; IDEM “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, p. 692.

⁵⁴ Recientemente, sobre el artículo 248 de la Ley de Sociedades de Capital: J. JUSTE MENCIA, “Comentario del artículo 248”, en J.A. GARCÍA-CRUCES e I. SANCHO GARGALLO (Dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. III, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2021, pp. 3455 y ss.

⁵⁵ L. JORQUERA GARCÍA, “Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios por escrito...”, *cit. supra*; J. PASCUAL MALDONADO, “Junta de socios por escrito y sin sesión: sí es posible”, disponible en <https://cysae.com> (fecha de última consulta: 9 de noviembre de 2022).

⁵⁶ Cursiva propia.

⁵⁷ J. PASCUAL MALDONADO, “La junta de socios por escrito...”, *cit. supra*; IDEM, “Junta de socios por escrito y sin sesión: sí es posible”, *cit. supra*.

⁵⁸ Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil: BOE nº 184, de 31 de julio de 1996.

36. La primera de ellas es relativa a su artículo 97, que regula el *contenido del acta de las juntas* dentro de la parte del Reglamento destinada a la documentación de los acuerdos sociales. Según se dispone en dicho precepto, el acta ha de contener, entre otros extremos, “un resumen de los asuntos debatidos y de las intervenciones de las que se haya solicitado constancia”. Parece evidente que en una situación como aquella a la que acabo de referirme hace un momento, en la que la totalidad de los socios ejerce el voto por correspondencia con anterioridad a la celebración de la asamblea (*ex* artículo 189.2 de la Ley de Sociedades de Capital), no existe debate previo a la adopción de los acuerdos. Al menos, no es posible un debate presencial y simultáneo, aunque nada impide a los socios contactar entre sí por medios de comunicación a distancia (previamente a la emisión de sus respectivos votos) para expresar sus distintos pareceres en torno a los asuntos a adoptar. Sí es factible, empero, que el socio que lo estime conveniente exprese su deseo de que conste en el acta una determinada consideración en relación con alguno de los puntos que integran el orden del día de la convocatoria. En todo caso, la inexistencia de debate entre los socios no constituye un obstáculo para la redacción del acta. Como señalé con anterioridad, la deliberación es una competencia de la junta, pero no un deber legal. Razón por la cual nada impide que los socios puedan renunciar a deliberar, en cuyo caso, como es lógico, el acta no podrá contener alusiones a dicho extremo. Es cierto, sin embargo, que las actas de las juntas a las que ahora aludo sí pueden encontrar obstáculos legales en lo que atañe a su aprobación⁵⁹. Como se sabe, son dos las formas de aprobarlas admitidas por la ley: por la propia junta al final de la reunión o, en su defecto, por el presidente de la junta y dos socios interventores (uno en representación de la mayoría y otro de la minoría), dentro de los quince días siguientes a la celebración de la sesión. La primera forma, como es natural, es de imposible aplicación a estas asambleas. La segunda, sin embargo, podría aplicarse si los representantes de la mayoría y la minoría pudiesen ser elegidos de entre los socios que, no habiendo asistido a la sesión, ejercitaron su voto anticipadamente a través de medios de comunicación a distancia. Ahora bien, esta solución choca con la interpretación que hace la doctrina de esta cuestión. A su juicio, dicha designación ha de realizarse entre los *asistentes* a la junta cuya acta se ha de aprobar, pues solo los *asistentes* están en condiciones de comprobar la correspondencia entre lo consignado en el acta y lo realmente acontecido en la reunión⁶⁰.

37. La segunda consideración (de mayor enjundia que la precedente —como advertí más arriba—) se refiere al artículo 100.1 del Reglamento del Registro Mercantil (rotulado por el legislador con la expresión “Supuestos especiales”). La importancia de este precepto en la materia que aquí se analiza obedece a que en él cabe constatar un reconocimiento legal de la posibilidad de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. No otra cosa parece deducirse de su tenor, al disponer que “[c]uando la ley no impida la adopción de acuerdos por correspondencia o por cualquier otro medio que garantice su autenticidad, las personas con facultad de certificar dejarán constancia en acta de los acuerdos adoptados, expresando el nombre de los socios o en su caso de los Administradores y el sistema seguido para formar la voluntad del órgano social de que se trate, con indicación del voto emitido por cada uno de ellos. En este caso se considerará que los acuerdos han sido adoptados en el lugar del domicilio social y en la fecha de recepción del último de los votos emitidos”⁶¹.

⁵⁹ J. PASCUAL MALDONADO, “La junta de socios por escrito...”, *cit. supra*.

⁶⁰ A. CAMPINGS VARGAS, “El acta de la junta: un comentario al artículo 202 LSC”, disponible en <https://almacenederecho.org> (fecha última consulta: 2 de noviembre de 2022); J. ALFARO, “Comentario del artículo 202”, en J. JUSTE MENCÍA y A. RECALDE CASTELLS (Coords.), *La junta general de las sociedades de capital*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 706.

⁶¹ De esta opinión es L. JORQUERA GARCÍA, “Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios por escrito...”, *cit. supra*, quien sostiene que la Ley de Sociedades de Capital no prohíbe las juntas por escrito y sin sesión, sino que simplemente no las regula. Sin embargo (añade), el Reglamento del Registro Mercantil, en su artículo 100, sí las prevé. En consecuencia, en un sistema jurídico liberal como el propio de nuestro Derecho privado, lo que no está prohibido ha de considerarse permitido. También a favor de esta interpretación: J. CASAS y S. GARCÍA, “La adopción de acuerdos por los socios sin necesidad de reunirse formalmente en junta”, disponible en <https://www.osborneclarke.com> (fecha última consulta: 2 de noviembre de 2022). También es esta dirección: J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 2225, quien afirma que “el tenor literal del artículo 100.1 RRM parece abonar la procedencia de que la junta pueda celebrarse por escrito y sin sesión”. Empero, no conforme, con esta opinión en torno al artículo 100 del Reglamento del Registro Mercantil (y compartiendo el parecer de J. BARBA DE VEGA): R. GARCÍA PÉREZ, “Los acuerdos por escrito de los socios...”, *cit.*, p. 317.

38. Es claro que cuando el legislador societario regula materias tales como el contenido de las actas (en el sentido anteriormente apuntado), está pensando en juntas o asambleas a las que asisten los socios, es decir, no tiene en mente las que hemos descrito como juntas sin sesión (o supuestos de expresión de la voluntad social al margen de la junta). Sin embargo, el referido artículo 100.1 del Reglamento del Registro Mercantil apunta en la dirección de admitir que estas juntas (sin sesión, presencial o virtual) pueden ser una realidad en la práctica societaria española. En concreto, es razonable interpretar que esta norma reglamentaria puede amparar dos modalidades diversas de juntas de socios por escrito y sin sesión. Por un lado, las *proactivas*, así denominadas por haber sido convocadas expresamente con dicha intención, es decir, para que los socios no asistan y ejerciten sus respectivos derechos de voto previamente a la sesión y a través de medios de comunicación a distancia. Por otro lado, las *pasivas*, cuya adjetivación obedece a ser convocadas con la intención de que los socios asistan a la reunión, aunque, sin embargo, al final no lo hacen (ni presencial ni telemáticamente), al optar todos ellos por votar anticipadamente en las formas expresamente aludidas por el artículo 100.1 del Reglamento aquí comentado⁶².

39. Todo lo expuesto permite concluir que, en contra de lo que en principio y aparentemente cabría deducir de la legislación societaria española, la vía de adoptar acuerdos sociales por escrito y sin sesión no está prohibida en nuestro Derecho. Se trata, en rigor, de un mecanismo *implícito* u *oculto* de formación de la voluntad social, al existir argumentos de relevancia para considerar que la Ley de Limitadas de 1995, primero, y la Ley de Sociedades de Capital de 2010, después, no lo suprimieron, sino que tan solo lo ocultaron⁶³. Más adelante volveré a insistir en estos argumentos. Sobre todo, en los expuestos en primero y segundo lugar: la admisión de la junta universal y la facultad del consejo de administración de adoptar acuerdos por escrito y sin sesión. En concreto, los retomaré con vistas a argumentar mi opinión favorable a no requerir la existencia de una cláusula estatutaria que habilite a adoptar acuerdos por escrito y al margen de la junta de socios para que sea viable este procedimiento de formación de la voluntad social en el Derecho vigente.

VI. Doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública proclive a admitir cláusulas estatutarias que prevean este mecanismo de expresión de la voluntad social

40. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (actualmente bautizada como Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), de 8 de enero de 2018⁶⁴, parece moverse en la dirección que acabo de apuntar, al admitir la adopción de acuerdos sin reunión física de los socios. En ella el Centro directivo se remite a unas resoluciones anteriores en las que había admitido la validez del voto a distancia. Y a esto añade seguidamente que dicha modalidad de emisión del voto no solo no está prohibida sino que es deseable, pues (según sus palabras) se trata de “un medio más de que disponen los socios para regular cuestiones no contrarias a normas imperativas o prohibitivas, possibilitando a socios con domicilios lejanos al domicilio social, incluso en el extranjero, tener un conocimiento directo del modo en que transcurre la celebración de la junta, sin necesidad de costosos desplazamientos o el nombramiento de representantes en personas que, en ocasiones, resulta difícil que sean idóneas, *lo cual puede ser especialmente relevante en sociedades con pocos socios, residentes en lugares dispersos*. Y lo mismo cabe entender respecto del ejercicio del derecho de voto”⁶⁵.

⁶² J. PASCUAL MALDONADO, “La junta de socios por escrito...”, *cit. supra*.

⁶³ *Ibidem*; no conforme, sin embargo, M. GARCÍA MANDALONIZ quien, pese a reclamar un cambio legislativo que permita adoptar acuerdos por escrito y sin sesión en las sociedades cerradas, sostiene que el Derecho vigente niega viabilidad a este mecanismo flexible de formación de la voluntad social: “Hacia la Junta (Asamblea) General...”, *cit. supra*. También en contra de la admisión de este procedimiento flexible de adopción de acuerdos por el Derecho español (pese a considerarlo muy conveniente): T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY, “La adopción de acuerdos por escrito...”, *cit.*, p. 8., pp. 5 y ss., quienes, a propósito de la Ley de Limitadas de 1995, afirman que “la legislación española vigente elige para las sociedades capitalistas el sistema exclusivo de junta” (p. 7).

⁶⁴ BOE, nº 23, de 26 de enero de 2018, que comenta J. ALFARO en “El carácter necesario de la junta y su celebración...”, *cit. supra*.

⁶⁵ Cursiva propia. En concreto, el tenor de la cláusula estatutaria (cuya validez fue cuestionada en este caso por el registra-

41. Pero, sobre todo, revisten especial interés en esta materia dos resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, ambas de 19 de noviembre de 2020. Su relevancia estriba en que en ellas se admite de forma expresa la posibilidad de prever estatutariamente, para una sociedad de responsabilidad limitada, el procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión⁶⁶. El origen de estos pronunciamientos del Centro directivo reside en la negativa de la registradora mercantil de Cádiz de inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos de junta general de una sociedad limitada que se otorgó sobre la base de un acta notarial de la que se infería con claridad que uno de los socios había votado por escrito y enviado su voto mediante burofax, mientras que los restantes socios ejercitaron sus votos mediante comparecencia en la propia acta y ante el notario que la autorizó.

42. La calificación negativa de la registradora se basó en varios motivos. Entre ellos, destaca especialmente el que sostiene que, pese a ser admisible en una sociedad limitada la adopción de acuerdos sociales por escrito y sin sesión cuando dicha posibilidad esté prevista en los estatutos sociales (siempre que, además, concurren determinados requisitos), no procede acogerse en esta materia a lo dispuesto en el artículo 40 del Real Decreto-ley 8/2020 para obviar la necesidad de previsión estatutaria al respecto, toda vez que dicho precepto solo excepciona del cumplimiento de dicho requisito a los consejos de administración, pero no a las juntas generales de las sociedades mercantiles⁶⁷.

43. Como se observa con facilidad, la registradora mercantil se refiere en la formulación del motivo referido al Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19⁶⁸, en cuyo artículo 40.2 se disponía lo que sigue: “*Aunque los estatutos no lo hubieran previsto, durante el periodo de alarma y una vez finalizado el mismo, hasta el 31 de diciembre de 2020, los acuerdos de los órganos de gobierno y de administración de las asociaciones, de las sociedades civiles y mercantiles, del consejo rector de las sociedades cooperativas y del patronato de las fundaciones podrán adoptarse mediante votación por escrito y sin sesión siempre que lo decida el presidente y deberán adoptarse así cuando lo solicite, al menos, dos de los miembros del órgano*”⁶⁹.

dor mercantil) era el siguiente: “1.- Los socios podrán emitir su voto sobre las propuestas contenidas en el Orden del Día de la convocatoria de una Junta general de socios remitiendo, antes de su celebración, por medios físicos o telemáticos, un escrito conteniendo su voto. En el escrito del voto a distancia el socio deberá manifestar el sentido de su voto separadamente sobre cada uno de los puntos o asuntos comprendidos en el Orden del Día de la Junta de que se trate. Caso de no hacerlo sobre alguno o algunos se entenderá que se abstiene en relación con ellos. 2.- Si existiere el área de socios dentro de la Web Corporativa, el voto podrá ejercitarse por el socio mediante el depósito en la misma, utilizando su clave personal, del documento en formato electrónico en el que lo contenga o por su manifestación de voluntad expresada de otra forma a través de dicho (*sic*) área. 3.- También será válido el voto ejercitado por el socio por medio de escrito físico o electrónico firmado por el socio. 4.- El voto anticipado deberá recibirse por la sociedad con un mínimo de 24 horas de antelación a la hora fijada para el comienzo de la Junta. Hasta ese momento el voto podrá revocarse o modificarse. Transcurrido el mismo, el voto anticipado emitido a distancia sólo podrá dejarse sin efecto por la presencia personal o telemática del socio en la Junta”.

⁶⁶ BOE, nº 319, de 7 de diciembre de 2020.

⁶⁷ En palabras de la registradora gaditana, “[c]on ocasión de la situación excepcional motivada por la COVID-19, el artículo 40.1 permite hasta el 31 de diciembre de 2020 que, aunque no esté previsto en estatutos, los órganos de administración de las sociedades mercantiles y las juntas de socios puedan celebrarse por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple, siempre que todos los miembros del órgano de administración o todas las personas que tengan derecho de asistencia o quienes los representen dispongan de los medios necesarios, el secretario reconozca su identidad y así lo exprese en el acta. Pero el artículo 40.2 sólo se permite la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión al órgano de administración, siempre que lo decida el presidente y cuando lo soliciten al menos dos miembros del órgano. El artículo 40.1 fue modificado para permitir el sistema de video o teleconferencia no sólo al órgano de administración, sino también a la junta. Pero sin embargo no se modificó el 40.2 para aplicar el sistema de votación por escrito y sin sesión para la celebración de juntas de socios o para la adopción de acuerdos por los socios sin estar efectivamente reunidos en junta como establece el artículo 159 Ley Sociedades de Capital. Esto sólo sería admisible si estuviese previsto en los estatutos (artículos 159, 160, 182 Ley Sociedades de Capital (Artículos 15 y 19 de los estatutos sociales, Artículo 40.1 y 2 Real Decreto-ley 8/2020. Resoluciones Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 8-1-2018, 19-12-2012, 27-12-17)”.

⁶⁸ BOE nº 73, de 18 de marzo de 2020.

⁶⁹ Cursiva propia; a lo que el artículo 40 añadía: “La misma regla será de aplicación a las comisiones delegadas y a las demás comisiones obligatorias o voluntarias que tuviera constituidas. La sesión se entenderá celebrada en el domicilio social. Será de aplicación a todos estos acuerdos lo establecido en el artículo 100 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el

44. Pese a que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública acepta en estas resoluciones el motivo invocado por la registradora⁷⁰, expresa al mismo tiempo su opinión favorable a reputar lícita la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión en una sociedad de capital, siempre que así lo prevean los estatutos sociales y, además, todos los socios acuerden por unanimidad adoptar acuerdos por este procedimiento, así como el orden del día. No otra cosa se deduce de la siguiente afirmación: “*En los supuestos en que sea admitida por vía estatutaria la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión con valor de acuerdos adoptados de junta general no habría inconveniente en que se adoptaran de ese modo manteniendo la validez de tales acuerdos, aunque no se hubieran cumplido los requisitos de convocatoria previstos en la ley y en los estatutos, siempre que –también por la misma vía escrita o, en su caso, suplida esta por la presencia del socio de que se trate– todos los socios acuerden por unanimidad la adopción de tales acuerdos por escrito y sin reunión así como con aceptación unánime del orden del día*”⁷¹.

45. Es cierto que las consideraciones realizadas por la Dirección General sobre este asunto no son todo lo claras que sería deseable. En concreto, surge la duda de determinar si lo que quiere decir el Centro directivo es que, estando prevista por vía estatutaria la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, sería necesario en todos los supuestos que hubiese acuerdo unánime de la totalidad de los socios para poder recurrir a este procedimiento (solución que conectaría claramente la tesis de la Dirección General con lo dispuesto para el consejo de administración por los artículos 248.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 100.2 del Reglamento del Registro Mercantil); o, por el contrario, lo que quiere hacerse de alguna manera es interferir el asunto de la forma de adopción de los acuerdos sin sesión con las exigencias necesarias para que la junta se celebre con el carácter de universal⁷². Personalmente me inclino por la primera solución, en la dirección exigida por los artículos 248.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 100.2 del Reglamento del Registro Mercantil para la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión en el seno de los consejos de administración de las sociedades anónimas.

que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, aunque no se trate de sociedades mercantiles”. En relación con esta disposición (artículo 40.2), apunta (con toda razón) I. FARRANDO cómo no deja de resultar extraño “que el RD-L 8/2020 limite la posibilidad de adoptar acuerdos por escrito y sin sesión a los acuerdos del órgano de administración, callando sobre la posible adopción de acuerdos en junta (v. artículo 100.1 RRM) como si se considerase que las juntas virtuales eran remedio suficiente para evitar las reuniones físicas”: I. FARRANDO MIGUEL “Las juntas de socios de SA y SL en tiempos de alarma”, disponible en <https://almacende.derecho.org> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2022). Con motivo de la reforma de este precepto acometida por la disposición final primera-13ª del Real Decreto-Ley 11/2020, este mismo autor vuelve a abordar el asunto de la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Al respecto, sostiene que, dado que la reforma no introduce un segundo párrafo en el artículo 40.2 en el que se establezca su aplicación a las juntas de socios (lo que —como bien matiza— no se concilia con la intención del legislador de facilitar la celebración de juntas), “resulta realmente difícil sostener la regularidad de la adopción de acuerdos por escrito y sin reunión en sociedades que no lo hubieran previsto estatutariamente”: I. FARRANDO MIGUEL, “La rectificación del artículo 40 RD-L 8/2020 en materia de medidas extraordinarias aplicables a las sociedades de capital”, disponible en <https://almacendederecho.org> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2022).

⁷⁰ Cuestión en la que repara especialmente A. DÍAZ MORENO, “La junta general de una sociedad de capital no cotizada no tiene la consideración de órgano de gobierno y administración a los efectos del régimen contenido en el Real Decreto-ley 8/2020”, disponible en <https://www.ga-p.com> (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022).

⁷¹ Cursiva propia. Añade seguidamente el Centro directivo que “[l]o que ocurre es que en el presente caso (y aunque por hipótesis hubiera existido dicha habilitación estatutaria) lo cierto es que existe una inequívoca oposición por parte de dos de los tres socios —expresada en el acta notarial— a que se adoptaran los acuerdos por esa vía. Por ello, el defecto debe ser confirmado”. Contraria a esta solución, por entender que no cabe aceptar una interpretación del artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital de conformidad con la realidad social (artículo 3.1 del Código Civil) que reputé válida una cláusula estatutaria permisiva de la celebración de una “junta sin sesión” (o, si se prefiere, de la adopción de acuerdos por escrito y sin junta): R. LARGO GIL, “La sesión como elemento definitorio de la junta universal”, en J. A., GARCÍA-CRUCES (Dir.), *La gobernanza de las sociedades no cotizadas*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2020, pp. 167 y 168.

⁷² Plantea esta duda interpretativa A. DÍAZ MORENO, “La junta general de una sociedad de capital no cotizada...”, *cit. supra*. Otro autor (en concreto, A. VALENTÍN, “Juntas generales por escrito y sin sesión”, disponible en <https://www.lawandtrends.com>; fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022) expone también dudas al respecto. A su juicio, cabría plantearse si el Centro directivo está exigiendo unanimidad a la hora de incluir en los estatutos sociales la cláusula que permite el procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. En mi opinión, esta última duda es impropia, pues no me ofrece duda que la modificación de los estatutos sociales en este caso se habría de regir por las reglas de las mayorías que disciplinan las modificaciones estatutarias.

46. De todos modos, al margen de estas dudas interpretativas, lo determinante es que en estas resoluciones el Centro directivo sostiene de forma indubitada la admisibilidad de las previsiones estatutarias sobre adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, exigiendo además, para que dicho procedimiento pueda ponerse en marcha, que todos los socios se muestren conformes en utilizarlo [“siempre que (...) todos los socios acuerden por unanimidad la adopción de tales acuerdos por escrito y sin reunión”]. De modo que, según la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, son dos los presupuestos necesarios para que sea viable el procedimiento que se analiza: 1º) la existencia de una concreta previsión estatutaria al respecto y 2º) la unanimidad de la totalidad de los socios en utilizarlo⁷³.

VII. Práctica notarial y registral en la materia: acceso al Registro Mercantil de cláusulas estatutarias sobre adopción de acuerdos por escrito y sin sesión

47. En coherencia con la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública a la que acabo de referirme, la práctica societaria y registral española ofrece casos claros de acceso al Registro Mercantil de este tipo de cláusulas estatutarias posibilitadoras de la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Según estas disposiciones de los estatutos, que por lo general se han hecho merecedoras de una valoración positiva por parte de nuestra comunidad jurídica, para que este sistema de formación de la voluntad social sea aplicable, es necesario que todos los socios lo acepten de forma unánime⁷⁴.

48. A modo de ejemplo, cabe mencionar, en la dirección indicada, la siguiente cláusula estatutaria inscrita en el Registro Mercantil de Madrid:

“1. La Junta de socios podrá adoptar acuerdos sin sesión cumpliendo los requisitos y el procedimiento que se establecen a continuación.

2. Requisitos.

2.1. Que los asuntos sobre los que se recabe el acuerdo de la Junta sean susceptibles de voto simplemente afirmativo o negativo.

2.2. Que todos los socios manifiesten su conformidad para la adopción de los acuerdos sin necesidad de sesión.

⁷³ Ciertamente es que, a partir de estas resoluciones del Centro directivo, no faltan quienes hacen una interpretación más restrictiva de los requisitos necesarios para que sea viable el mecanismo de adopción de acuerdos sociales por escrito y sin sesión. En esta dirección, se sostiene, por ejemplo, que las resoluciones a las que nos referimos “sientan las bases de cómo debería ser esa cláusula estatutaria, a la que habrá que darle una redacción que contenga una regulación consecuencia y fruto de una refundición de las exigencias que análogamente ya están previstas para las reuniones sin sesión del Consejo y para el voto en las sociedades anónimas, esto es: siempre y cuando todos los socios manifiesten su conformidad para la adopción de los acuerdos sin necesidad de sesión; los asuntos sobre los que se recabe el acuerdo de la Junta sean susceptibles de voto simplemente afirmativo o negativo; las comunicaciones se realicen por escrito físico o electrónico o por cualquier otro medio de comunicación a distancia que garantice debidamente la identidad del sujeto que la realiza, así como la integridad de su contenido; y quede constancia fehaciente en acta del procedimiento seguido y de los acuerdos adoptados, expresando la identidad de los socios, la conformidad de todos ellos con el procedimiento, el sistema utilizado para formar la voluntad de la Junta y el voto emitido por cada socio”. Y a esto se añade seguidamente que todas estas exigencias derivan de aplicar varios requisitos diseminados en la Ley de Sociedades de Capital; en concreto, en los artículos 182 (“Asistencia telemática”), 521 (“Participación a distancia” en sociedades anónimas cotizadas) y 248 (“Adopción de acuerdos por el consejo de administración en la sociedad anónima”), junto al artículo 100 del Reglamento del Registro Mercantil (“Supuesto especiales” de documentar los acuerdos sociales). Así: P. MARTÍN GONZÁLEZ, “La Junta sin sesión es ya una realidad. La resolución de la DGSJFP fecha 19 de noviembre 2020 aborda la cuestión, disponible en <https://www.legaltoday.com> (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022).

⁷⁴ A modo de ejemplo, la valoración positiva de estas disposiciones estatutarias por los prácticos del Derecho se expresa en estos términos: “Si se consolidara la línea interpretativa seguida por el Registro Mercantil de Madrid al admitir la validez de una cláusula estatutaria que prevea la adopción de acuerdos de los socios *por escrito y sin sesión* en base al principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital, evitando la necesidad de su reunión formal en junta y el carácter deliberante de la misma (cuestiones no contrarias a normas imperativas o prohibitivas), sin duda alguna se *agilizaría, simplificaría, abarataría* (al evitar el coste de los desplazamientos o el nombramiento de representantes) e *impulsaría el uso de las nuevas tecnologías* en la toma de acuerdos de los socios y todo ello conjugado con el debido respeto a los derechos individuales de los socios” (J. CASAS, J. y S. GARCÍA, “La adopción de acuerdos por los socios sin necesidad de reunirse formalmente en junta”, *cit. supra*).

3. Procedimiento.

3.1. El Órgano de Administración propondrá a los socios los asuntos sobre los que recabe de la Junta la adopción de acuerdos sin sesión, expresando, si lo estima conveniente, su propuesta de acuerdo sobre cada asunto. A dichos efectos remitirá a cada socio una comunicación escrita conteniendo esos extremos, acompañada de toda la información necesaria sobre cada asunto.

3.2. Esa comunicación expresará el plazo, no superior a 10 días, para que los socios manifiesten su conformidad o no a este sistema de adopción de acuerdos, y expresen el sentido de su voto.

3.3. Si en ese plazo algún socio no hubiera manifestado su conformidad, el procedimiento decaerá, y si todos los socios hubieran manifestado su conformidad, el procedimiento continuará. La expresión por algún socio del sentido de su voto sobre todos o algunos de los asuntos propuestos implicará su conformidad con el procedimiento. Cuando algún socio, habiendo expresado el sentido de su voto sobre algún asunto propuesto, no lo hiciera sobre otros, se entenderá que se abstiene en relación con ellos.

3.4. Además de por los medios establecidos en su caso por la legislación aplicable, las comunicaciones previstas en este procedimiento podrán realizarse por escrito físico o electrónico o por cualquier otro medio de comunicación a distancia que garantice debidamente la identidad del sujeto que la realiza, así como la integridad de su contenido. Si la sociedad tuviera Web Corporativa y dentro de ella hubiera sido creada un área que cumpla con los requisitos del artículo 11 quáter de la Ley de Sociedades de Capital, la adopción de este tipo de acuerdos podrá tener lugar mediante la inserción en dicha área: Por el Órgano de Administración, del documento en formato electrónico conteniendo los asuntos sobre los que se solicita de la Junta la adopción de acuerdos sin sesión, y de la información correspondiente. Por los socios, de la conformidad con el procedimiento y el voto sobre aquellos, mediante documentos en formato electrónico conteniéndolos, o por su manifestación de voluntad expresada de otra forma a través de dicha área. El Órgano de Administración deberá comunicar por correo electrónico a los socios las referidas inserciones. De todas las comunicaciones que se realicen en este procedimiento habrá de quedar constancia.

4. Acta del procedimiento y en su caso de los acuerdos adoptados.

Según lo previsto en el artículo 100 del Reglamento del Registro Mercantil, las personas con facultad de certificar en la sociedad dejarán constancia en acta del procedimiento seguido y de los acuerdos adoptados en su caso, expresando la identidad de los socios, la conformidad de todos ellos con el procedimiento, el sistema utilizado para formar la voluntad de la Junta, y el voto emitido por cada socio. Se considerará que los acuerdos han sido adoptados en el lugar del domicilio social y en la fecha de recepción del último de los votos emitidos”⁷⁵.

49. Otro ejemplo de cláusula estatutaria favorable a la adopción de acuerdos sociales por escrito y sin sesión (también inscrita en el Registro Mercantil de Madrid) es la que sigue:

“Junta General por escrito y sin sesión. En la convocatoria, el Órgano de Administración podrá anunciar que la Junta se propone con vocación de no celebración de sesión, instando a los socios a que emitan su voto sobre los puntos o asuntos contenidos en el Orden del Día de la convocatoria de la Junta General, según se dispone en los párrafos siguientes (Artículo 16.- Voto a distancia anticipado en las Juntas Generales convocadas). En esa misma comunicación se expresará el plazo (que no podrá ser superior a diez días desde recibida) para que los socios manifiesten su conformidad o no a este sistema de adopción de acuerdos, y expresen el sentido de su voto, y estará acompañada de toda la documentación necesaria sobre cada asunto. Si en ese plazo algún socio no hubiera manifestado su conformidad, el procedimiento decaerá y si todos los socios hubieran manifestado su conformidad, el procedimiento continuará. La expresión por algún socio del sentido de su voto (según el procedimiento previsto en artículo 15 de los presentes estatutos) sobre todos o algunos de los asuntos propuestos implicará su conformidad con el procedimiento”⁷⁶.

⁷⁵ Cursiva propia; un comentario sobre la utilidad de esta cláusula, su base legal y su relación con las nuevas tecnologías v. en L. JORQUERA GARCÍA, “Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios...”, *cit. supra, passim*.

⁷⁶ De esta otra cláusula da expresa cuenta J. PASCUAL MALDONADO, “La junta de socios por escrito...”, *cit., supra.*, quien, al comentarla, señala acertadamente (a mi juicio) que con ella “se trata de trasladar el contenido del artículo 248 LSC (votación por escrito y sin sesión en el consejo de administración de las sociedades anónimas) a la junta de socios con una garantía adicional; a diferencia de lo dispuesto en el mencionado artículo 248: (...) *cuando ningún consejero se oponga al procedimiento*, en esta cláusula se obliga a que los socios acepten expresamente el procedimiento. Es decir, se pasa de un sistema de no oposición a un sistema de aceptación expresa para aproximar, en lo posible, la adopción de acuerdos sin reunión al régimen de la junta universal cuya celebración requiere, como es sabido, la unanimidad de los socios”.

VIII. Inclusión de la práctica societaria referida en una clara tendencia de Derecho comparado flexibilizadora de los procesos de formación de la voluntad social

50. La práctica societaria y registral española a la que acabo de aludir se inscribe en lo que conforma una clara tendencia del Derecho comparado en la materia. Esta consistente básicamente en no exigir la celebración de una reunión formal de los socios en junta para la válida adopción de acuerdos en las sociedades limitadas y análogas (como las sociedades *por quotas* portuguesas o las *private companies* inglesas)⁷⁷. Conforme a ella, en las sociedades cerradas (normalmente de pequeña dimensión y reducido número de socios) la junta tiende a dejar de ser un órgano de carácter necesario y a ser reemplazada por mecanismos menos formalistas de adopción de acuerdos sociales⁷⁸. Se explica así que esta tendencia merezca calificarse de flexibilizadora de los procesos formativos de la voluntad social⁷⁹.

51. Como se verá a continuación, dentro de la tendencia referida hemos de situar, por ejemplo, a los ordenamientos alemán, británico, italiano, portugués y suizo, junto con otros sistemas jurídicos situados al otro lado del Atlántico, como el estadounidense, el argentino o el mejicano. Además, de esta tendencia participan también, en el ámbito de las propuestas de *lege ferenda*, los Derechos español y europeo. Esto último resulta corroborado, en particular, por las Propuestas de Código Mercantil y de Estatuto de la Sociedad Privada Europea.

52. *Derecho alemán*. En Alemania se permite que en las sociedades limitadas los acuerdos puedan adoptarse en un texto escrito (*in Textform*) acatado de forma unánime por todos los socios, o a través de votos emitidos por escrito (*schriftlich*), siempre que todos los socios manifiestan su conformidad (por escrito) con este mecanismo de adopción de acuerdos a través de votación escrita y sin sesión. Solo está vetada la posibilidad de adoptar acuerdos de este modo cuando las decisiones a tomar se refieren a una fusión, escisión o transformación, al requerirse necesariamente en estos supuestos la celebración de una junta⁸⁰.

53. La legislación germana admite, por tanto, dos vías distintas de formación de la voluntad social diversas de la junta o asamblea de socios. Y aunque la puesta en marcha de ambas requiere como exigencia inexcusable la unanimidad de toda la base social (con inclusión de los socios carentes del derecho de voto), dicha unanimidad juega un papel distinto en uno y otro procedimiento. Para el primero, la unanimidad se exige para la adopción de los acuerdos, esto es, los acuerdos documentados por escrito han de ser adoptados de forma unánime por toda la base social. En cambio, para el segundo, la unanimidad solo se requiere para activar o hacer viable el procedimiento de votación escrita y sin sesión. Es decir, una vez que todos los socios están conformes con emitir sus votos por escrito, los acuerdos sometidos a dicha modalidad de votación se adoptan como cualesquiera otros acuerdos tomados en juntas o asambleas, esto es, a través de las mayorías legal o estatutariamente requeridas⁸¹.

⁷⁷ Entre otros y a modo meramente ejemplificativo, apuntan la existencia de esta tendencia de Derecho comparado en la materia: J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 2226; J. ALFARO, “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, p. 691; IDEM “Comentario del artículo 159”, *cit.*, pp. 21 y ss.; J. CASAS, J. y S. GARCÍA, “La adopción de acuerdos por los socios sin necesidad de reunirse...”, *cit. supra*; M. García Mandaloniz, “Hacia la Junta (Asamblea)...”, *cit. supra*. En palabras del primer autor citado: “La tendencia en el Derecho comparado es la de no imponer obligación alguna de celebrar materialmente juntas generales para la adopción de decisiones por los socios dejando libertad a los estatutos para fijar el método con arreglo al cual deben tomarse aquellas” (p. 22).

⁷⁸ F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La junta general en la encrucijada”, disponible en <https://www.elnotario.es> (fecha de última consulta: 15 de noviembre de 2022).

⁷⁹ Como reza precisamente en la intitulación del presente trabajo.

⁸⁰ R. GARCÍA PÉREZ, “Los acuerdos por escrito de los socios...”, *cit.*, pp. 318 y ss.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 318 y 319; en palabras de este autor, la principal característica del primer procedimiento (aprobación del acuerdo en forma escrita por unanimidad) reside en que “todos los socios deben prestar la conformidad con la propuesta. Si el socio tiene derecho de voto su conformidad representa, al mismo tiempo, su voto. Si no tiene derecho de voto, la conformidad es de todas formas necesaria para la correcta adopción del acuerdo escrito (porque se exige la conformidad de todos los socios, incluso los que no tienen derecho de voto)”.

54. Tanto en uno como en otro procedimiento la adopción de acuerdos puede revestir forma circular. En el primer caso, el documento que recoge los acuerdos a adoptar de forma unánime circula por todos los socios que, en caso de conformidad, plasman en él su firma. En el segundo supuesto, un primer socio emite su voto por escrito a la propuesta recibida y tras ello lo pasa a otro socio y así sucesivamente, recomendándose la fijación de un plazo final para la emisión de los votos, con vistas a no dilatar en exceso la formación de la voluntad social por esta vía⁸².

55. Es relevante señalar que estas previsiones legales sobre adopción de acuerdos tienen naturaleza dispositiva. En consecuencia, los estatutos pueden suavizar o endurecer su contenido. Por ejemplo, prescindiendo del requisito de la unanimidad como exigencia para activar el procedimiento de adopción de acuerdos al margen de la asamblea de socios; o estableciendo que la votación tenga lugar por teléfono, videoconferencia o correo electrónico. En todo caso, la validez de estas cláusulas estatutarias requiere inexorablemente que no sean vulnerados los derechos de información y participación de los socios, siendo, por tanto, ilícitas aquellas que incumplan esta exigencia⁸³.

56. En la dirección expuesta (dirigida a subrayar la marcada flexibilidad de los procesos de formación de la voluntad social en el ordenamiento alemán), afirma HÜFFER que “los estatutos pueden prever, para la adopción de acuerdos, procedimientos que carezcan de forma alguna”. En concreto, cita entre ellos, a título ejemplificativo, el consistente en facultar al administrador para recoger vía telefónica el consentimiento de cada socio en relación con el acuerdo. Y a ello añade seguidamente que las lógicas dificultades probatorias que puedan surgir en estos casos no constituyen una objeción a la validez de dichos acuerdos. No en vano (prosigue), “cuando los jueces –no el Registro– han de ocuparse de un conflicto en el seno de una sociedad anónima o limitada cerrada actúan considerando válidos los acuerdos adoptados informalmente. Por ejemplo, en materia de reparto de las ganancias sociales o de derecho al uso de los activos sociales por parte de los socios”⁸⁴.

57. *Derecho inglés.* El Derecho de sociedades británico contiene una regulación expresa de los acuerdos por escrito (*written resolutions*) en las *private companies*, debiéndose entender por tales acuerdos los no adoptados en junta general que son aprobados siguiendo el procedimiento legalmente establecido. Ciertamente es que no todos los asuntos tienen cabida dentro de este procedimiento. En concreto, quedan excluidos de él los acuerdos relativos al cese de auditores y administradores (artículo 288.2 de la *Company Act*)⁸⁵. Sin embargo, es posible emplear el procedimiento de las *written resolutions* para el nombramiento o reelección de los auditores⁸⁶.

58. La iniciativa para recurrir a este mecanismo de formación de la voluntad social puede recaer en los administradores o en los socios (en este segundo caso, exigiéndose que reúnan al menos el 5% de los derechos de voto de todos los socios legitimados para la adopción del acuerdo)⁸⁷. En lo que concierne a los modos de envío, se pueden emplear varios métodos por parte de la sociedad: 1º) la remisión de una copia a cada socio de forma directa e individualizada; 2º) el envío de esa misma copia pero sucesivamente y por turnos a la totalidad de los socios; y 3º) la remisión de varias copias simultáneamente a varios grupos de socios para que circule entre los miembros de cada grupo. Aunque es también posible optar por una combinación de estos sistemas⁸⁸. En cuanto al procedimiento para mostrar la conformidad con el acuerdo propuesto, el legislador británico exige que el socio envíe a la sociedad un documento

⁸² *Ibidem*, pp. 319 y 320.

⁸³ *Ibidem*, p. 320.

⁸⁴ HÜFFER, *Hachenburg GrossKomm § 48* nº marg. 40 ss. y nº marg. 62 (traducción según J. ALFARO, “El carácter necesario de la junta y su celebración por escrito...”, *cit. supra*; IDEM, “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, p. 696, nota 17).

⁸⁵ T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY, “La adopción de acuerdos por escrito”, *cit.*, pp. 10 y 11.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 11.

⁸⁷ R. GARCÍA PÉREZ, “Los acuerdos por escrito de los socios...”, *cit.*, pp. 321 y ss.; T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY, “La adopción de acuerdos por escrito”, *cit.*, p. 11.

⁸⁸ T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY, “La adopción de acuerdos por escrito”, *cit.*, p. 12.

auténtico en formato impreso o electrónico en el que se identifique claramente el acuerdo y la conformidad prestada por el socio. El acuerdo se considera aprobado cuando la mayoría exigida se ha mostrado conforme a su adopción, independientemente de que el resto de socios hayan o no votado y de que haya o no expirado el plazo fijado para la emisión del voto⁸⁹.

59. Es significativo resaltar que, según la legislación británica, los estatutos tienen vetado prohibir a los socios la posibilidad de proponer y aprobar acuerdos por escrito de conformidad con el procedimiento legalmente establecido. De modo que no cabe ni obligar a los socios a adoptar acuerdos en junta o asamblea, ni facultarles para usar otro mecanismo de formación de la voluntad social por escrito pero diverso del diseñado por la ley⁹⁰.

60. Por otro lado y aun cuando se ha de diferenciar del procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión (*written resolutions*), conviene hacer una breve referencia al *Duomatic principle* o *unanimous consent rule*. Se trata de un principio del *common law* que faculta a los socios para decidir de manera informal sobre los asuntos de su competencia. De conformidad con esta regla, los tribunales entienden que vincula a la sociedad el consentimiento prestado de modo informal (sin que sea necesaria la forma escrita) por todos los socios. En otros términos, el consentimiento unánime de toda la base social es suficiente para no tener que observar las formalidades propias de la adopción de acuerdos en junta o asamblea de socios. A diferencia del mecanismo de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión (*written resolutions*), sometido a la regla de las mayorías, el principio del *unanimous consent*, como se infiere de su propio nombre, requiere la unanimidad de los socios con derecho de voto como exigencia para la válida adopción del acuerdo⁹¹.

61. Derecho italiano. La legislación italiana prevé para las sociedades limitadas la posibilidad de que sus estatutos puedan establecer que los acuerdos sociales se tomen mediante consulta escrita o sobre la base de un consentimiento escrito, añadiendo a lo anterior que en estos casos los documentos firmados por los socios han de indicar claramente el objeto de los acuerdos adoptados y la existencia de consentimiento sobre ellos⁹².

62. Lo anterior se completa con la exigencia de acudir necesariamente a la junta como procedimiento de formación de la voluntad social cuando la escritura constitutiva de la sociedad no contenga referencia a ese mecanismo más flexible de adopción de acuerdos y, en todo caso, para decidir sobre las siguientes materias: a) nombramiento de los auditores de cuentas y del presidente de la junta de auditores de cuentas o de la persona designada para realizar la auditoría; b) modificaciones de los estatutos; d) reducción del capital por pérdidas (en los términos exigidos por el apdo. 4 del artículo 2482.bis del *Codice civile*); d) y, en general, aquellos otros asuntos cuya adopción en junta sea solicitada por uno o varios administradores o por un número de socios que representen, al menos, un tercio del capital de la sociedad⁹³.

⁸⁹ R. GARCÍA PÉREZ, “Los acuerdos por escrito de los socios.”, *cit.*, pp. 321 y ss.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 325.

⁹¹ *Ibidem*, p. 325 y ss.; también al respecto, con indicación de las dudas interpretativas que surgieron de la aplicación a los casos concretos del *Duomatic principle* o *unanimous consent rule*: T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY, “La adopción de acuerdos por escrito”, *cit.*, pp. 9 y 10.

⁹² *Ad. ex.*, más información en A. BUSI, “Le decisioni non assembleari dei soci nella s.r.l.”, *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, disponible en <https://elibrary.fondazione-notariato.it> (fecha última consulta: 2 de noviembre de 2022); D. REGA, “S.R.L. La partecipazione del socio attraverso l’assemblea e gli altri metodi di formazione delle decisioni: riflessi sulla redazione dello statuto”, disponible en <https://www.tesionline.it> (pp. 29 y ss.; idéntica fecha de última consulta); N. ABRIANI-MARCO MALTONI, “Elasticità organizzativa e riparto di competenze nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata”, *Rivista di Diritto Societario*, n° 2, 2007, disponible en <https://www.rivistadirittosocietario.com> (*idem* en cuanto a la fecha de última consulta) G. GUIZZI, “L’assemblea: ovvero, delle competenze dei soci e del modo di esercitarle nella società a responsabilità limitata riformata (Due esperienze a confronto)”, *Rivista di Diritto Societario*, n° 3, 2007, disponible en <https://www.rivistadirittosocietario.com> (idéntica fecha de última consulta).

⁹³ *Ibidem*.

63. Con facilidad se desprende de esta regulación que, dada la relevancia central que en este tipo social se confiere a los miembros de la compañía, los estatutos pueden establecer que las decisiones de los socios se tomen por escrito, sin necesidad de junta o asamblea, salvo en unos casos determinados. De modo que en el Derecho italiano son dos, por tanto, las vías de adopción de acuerdos en las sociedades limitadas: por un lado, la tradicional que no es otra que la asamblea, consistente en adoptar acuerdos en la junta o asamblea de socios (cuya regulación se contiene en el artículo 2479.bis del *Codice civile*); por otro lado, la extraasamblea, que permite la adopción de acuerdos por escrito y sin reunión, aplicable cuando una cláusula estatutaria lo autorice expresamente (a la que se refiere expresamente el artículo 2479 del *Codice civile*)⁹⁴.

64. *Derecho portugués.* En Portugal, para las sociedades *por quotas* (equivalentes, en líneas generales, a nuestras sociedades limitadas), se prevén dos procedimientos de formación de la voluntad social diversos de la celebración de una junta o asamblea de socios. Al respecto es fácil advertir un cierto paralelismo entre esta regulación y la alemana anteriormente referida⁹⁵.

65. En concreto, el primero de estos procedimientos consiste en la adopción de acuerdos unánimes por escrito que, en cierta medida, evoca la antecitada regla del *common law* del *Duomatic principle* o *unanimous consent rule*. Ciertamente es que con la diferencia de que, de conformidad con esta última regla, se considera vinculante para la sociedad el consentimiento de todos los socios prestado unánimemente de manera informal y sin necesidad de junta, sin ser necesaria la forma escrita. En cambio, para este mecanismo de adopción de acuerdos del Derecho portugués la forma escrita es una exigencia inexcusable⁹⁶.

66. El segundo procedimiento consiste en la adopción de acuerdos mediante votación escrita y sin necesidad de junta. Para ello no es necesario que exista una cláusula de los estatutos que lo permita, a diferencia de lo exigido por la legislación italiana. Basta con que ni estatutaria ni legalmente esté vetado el recurso a este mecanismo de formación de la voluntad social.

67. Según la ley portuguesa, el procedimiento de votación por escrito diseñado legalmente para prescindir de la asamblea de socios se desarrolla básicamente del modo siguiente: 1º) Los administradores han de dirigir una consulta a los socios con identificación del objeto del acuerdo a adoptar e indicación de que la ausencia de respuesta en 15 días se entiende como consentimiento favorable a prescindir de la junta. Formalmente, la ley portuguesa requiere que la consulta se realice a través de carta certificada. 2º) Si, tras la consulta, se da luz verde a la votación por escrito y sin sesión, los administradores enviarán a la totalidad de los socios la propuesta de acuerdo a adoptar, junto con todas las indicaciones que sean necesarias para su aclaración, estableciendo un plazo para la votación no inferior a 10 días. 3º) El voto escrito debe identificar la propuesta y contener su aprobación o rechazo, entendiéndose como voto negativo (y, por tanto rechazo) cualquier modificación de la propuesta o condicionamiento del voto. 4º) En el acta redactada por el administrador se ha de aludir a que han sido comprobadas todas las circunstancias que posibilitan la adopción de acuerdos mediante voto escrito y sin sesión. Al mismo tiempo, se ha de transcribir en ella la propuesta y el voto emitido por cada socio y se ha de hacer constar el acuerdo adoptado, enviándose una copia del acta a todos los socios. El acuerdo se entiende adoptado el día en que es recibida la última respuesta o al finalizar el plazo designado cuando algún socio no responde.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ V. al respecto la *Guía de boas práticas nas PME-Sociedades por quotas*, cuyo texto (en portugués e inglés) está accesible en https://eg.uc.pt/bitstream/10316/95763/1/guia_miolo%20%28digital%29.pdf

⁹⁶ El argumento con el que se fundamenta la necesidad de unanimidad para la validez y eficacia de los acuerdos por escrito regulados por el artículo 54 (que no es otro que la ausencia en estos casos del método colegiado, como se dice en la *Guía* a la que me refiero en la nota precedente) no me convence. Aunque es cierto que la crítica que puede hacerse a este procedimiento de formación de la voluntad social puede atemperarse en atención a que la legislación portuguesa también admite la adopción de acuerdos mediante votación escrita y sin junta (*ex* artículo 247), para lo cual no se requiere unanimidad.

68. Derecho suizo. Entre los cambios en materia de adopción de acuerdos sociales que se han acometido en este ordenamiento como consecuencia de la pandemia del Covid-19 (cuya entrada en vigor se ha fijado para el 1 de enero de 2023), están, entre otros, la admisión de la junta general virtual, de la junta general híbrida, de la junta descentralizada y de la llamada (no con demasiado acierto) junta general por decisión circular⁹⁷.

69. Aquí interesa la última modalidad de adopción de acuerdos referida. De conformidad con la nueva regulación, se podrán tomar decisiones por escrito, ya sea en documento papel o electrónico, siempre que ningún socio (o su representante) se oponga a este procedimiento, por entender necesaria una previa deliberación entre los socios de carácter oral. En caso de que se opte por este mecanismo de formación de la voluntad social, se exonera a la sociedad del cumplimiento de las normas relativas a la convocatoria de la junta. Pero para que sea viable, es necesario que la totalidad de los socios esté de acuerdo en su utilización. Bien entendido que el consentimiento del socio no tiene que ser necesariamente expreso. Puede ser implícito, cuando el socio participa activamente en este mecanismo de adopción de acuerdos, o explícito, pese a no participar activamente en la toma de decisiones. Por otro lado, se aconseja fijar legalmente un límite de tiempo para emitir el voto, así como para que el socio que lo estime procedente solicite que tenga lugar una deliberación oral y, en consecuencia, no se recurra a este mecanismo flexible de adopción de acuerdos⁹⁸.

70. Derecho estadounidense. En la práctica societaria de los Estados Unidos puede recurrirse a la llamada *action by written consent*, que permite superar los contratiempos que suelen surgir al tratar de conciliar las agendas y horarios de administradores y socios con vistas a reunirse para tomar determinadas decisiones societarias. Dado el ahorro de tiempo que conlleva este mecanismo de adopción de acuerdos, se presenta especialmente útil para sociedades pequeñas con escaso número de socios, sobre todo, con vistas a tomar decisiones relativas a cuestiones que no poseen una extraordinaria relevancia para la vida de la sociedad. Su encaje, sin embargo, resulta mucho más difícil en las sociedades de grandes dimensiones que cotizan en bolsa, en cuyos estatutos no es infrecuente que se incluya una prohibición expresa del recurso a este procedimiento de formación de la voluntad colectiva.

71. Existe, en todo caso, el convencimiento de que el consentimiento de los socios canalizado a través de la *action by writren consent* es considerado a todos los efectos como un acuerdo alcanzado en una junta o asamblea de socios. Ciertamente que decisiones importantes como la compra o venta de una empresa, fusiones, emisión de nuevas acciones, etc., se adoptan en el seno de juntas o asambleas.

72. Para que sea viable este procedimiento de adopción de acuerdos por escrito (como vía de expresión de la voluntad social alternativa a la junta o asamblea de socios), el documento de consentimiento escrito debe incluir una serie de datos requeridos por la ley; a saber: a) el Estado en el que está constituida la sociedad; b) la denominación social; c) la identificación del Presidente y Secretarios de la junta; d) el nombre de los socios; e) y el acuerdo o acuerdos adoptados, así como su fecha de entrada en vigor. Ahora bien, si no existe conformidad total de los socios en adoptar por esta vía una determinada propuesta de acuerdo, se ha de convocar una junta o asamblea con vistas a su aprobación, en cuyo caso la sociedad debe asegurarse de seguir los procedimientos de sus estatutos para la notificación previa, el quórum y la votación requerida⁹⁹.

⁹⁷ Si bien es cierto que la denominación “junta general por decisión circular” parece abogar por concluir que cuando se adoptan acuerdos por escrito y sin junta, no por ello ha de entenderse que los acuerdos son adoptados por los socios (que serían el verdadero órgano) y no por la junta general (que dejaría de ser el órgano de la sociedad). Es decir, este *nomen iuris* parece inclinarse a favor de la tesis expuesta *supra*, en el párrafo 4 del epígrafe I.

⁹⁸ L. ZÜST, “L’assemblée générale sous le nouveau droit des sociétés - Qu’est-ce qui change?”, disponible en <https://www.vischer.com> (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022).

⁹⁹ Más información en “Action by Written Consent: A New Focus for Shareholder Activism” disponible en <https://corp.gov.law.harvard.edu>; “Action by Written Consent Sample Clauses”, disponible en <https://www.lawinsider.com>; y “Shareholder Action by Written Consent”, disponible en <https://www.upcounsel.com/shareholder-action-by-written-consent> (consultados

73. Derecho argentino. Inicialmente, la adopción de acuerdos en el seno de las sociedades limitadas argentinas se regía por las reglas reguladoras de las asambleas de las sociedades anónimas, con la única diferencia de que se reemplazaba el medio de convocarlas (publicidad por edictos) por la citación dirigida al último domicilio comunicado por el socio a la sociedad. Sin embargo, tras la aprobación y entrada en vigor de la Ley 22903, esta situación legal experimentó cambios relevantes en el asunto que aquí interesa. Estos fueron anunciados por la Exposición de Motivos de la referida Ley. En ella se ponía de manifiesto que la junta o asamblea de socios dejaba de ser el régimen supletorio genérico para la adopción de los acuerdos sociales, permitiéndose la toma de decisiones a través de otras vías más sencillas de formación de la voluntad social. En el articulado de la Ley General de Sociedades, esto último resulta corroborado por el artículo 159, cuya redacción es bastante clara en cuanto a la admisión de la adopción de acuerdos sin necesidad de convocar y celebrar una junta o asamblea de socios.

74. En concreto, según dispone el referido artículo 159, “[e]l contrato dispondrá sobre la forma de deliberar y tomar acuerdos sociales. En su defecto son válidas las resoluciones sociales que se adopten por el voto de los socios, comunicando a la gerencia a través de cualquier procedimiento que garantice su autenticidad, dentro de los diez días de haberseles cursado consulta simultánea a través de un medio fehaciente; o las que resultan de declaración escrita en la que todos los socios expresan el sentido de su voto”. Como puede apreciarse, esta disposición establece que, en defecto de previsión estatutaria al respecto, cabe poner en práctica dos mecanismos distintos de formación de la voluntad social: 1º) El primero es el de consulta simultánea, que consiste en notificar a todos los socios determinados asuntos a adoptar, concediéndoles un plazo determinado para expresar su voto en relación con cada uno de ellos; de modo que si se recaban respuestas afirmativas que alcanzan las mayorías necesarias, los acuerdos se entienden válidamente adoptados. 2º) El segundo consiste en la declaración por escrito de todos los socios y presupone la existencia de un acuerdo previo de la totalidad de la base social¹⁰⁰.

75. Derecho mejicano. También en Méjico la junta o asamblea de socios ha dejado de ser el órgano de formación de la voluntad social, al admitirse otras formas diversas de adoptar acuerdos sociales válidos y eficaces. A esta conclusión conduce, sin dificultad, el articulado de la La Ley General de Sociedades Mercantiles mejicana en lo que respecta tanto a la sociedad limitada como a la anónima. En relación con el primer tipo social, el artículo 82 de la referida Ley es claro al disponer que “(e)l contrato social podrá consignar los casos en que la reunión de la asamblea no sea necesaria, y en ellos se remitirá a los socios, por carta certificada con acuse de recibo, el texto de las resoluciones o decisiones, emitién-

todos por última vez el 2 de noviembre de 2022). En relación a cómo se regula la *action by written consent* en los Estados Unidos, puede ponerse como ejemplo el artículo 228 de la Ley General de Sociedades de Delaware, Estado con un Derecho societario que ha dado muy buenos resultados en la práctica (al respecto: G. E. LUPIAN MORFIN, “Delaware: modelo exitoso de Derecho societario en Estados Unidos de América”, *Realidad y Reflexión*, año 22, n° 55, enero-junio de 2022). En concreto el referido artículo 228 (intitulado “Consent of stockholders or members in lieu of meeting”) dispone: “(a) Unless otherwise provided in the certificate of incorporation, any action required by this chapter to be taken at any annual or special meeting of stockholders of a corporation, or any action which may be taken at any annual or special meeting of such stockholders, may be taken without a meeting, without prior notice and without a vote, if a consent or consents in writing, setting forth the action so taken, shall be signed by the holders of outstanding stock having not less than the minimum number of votes that would be necessary to authorize or take such action at a meeting at which all shares entitled to vote thereon were present and voted and shall be delivered to the corporation by delivery to its registered office in this State, its principal place of business or an officer or agent of the corporation having custody of the book in which proceedings of meetings of stockholders are recorded (...) (c) Every written consent shall bear the date of signature of each stockholder or member who signs the consent, and no written consent shall be effective to take the corporate action referred to therein unless, within 60 days of the earliest dated consent delivered in the manner required by this section to the corporation (...) (e) Prompt notice of the taking of the corporate action without a meeting by less than unanimous written consent shall be given to those stockholders or members who have not consented in writing and who, if the action had been taken at a meeting, would have been entitled to notice of the meeting if the record date for notice of such meeting had been the date that written consents signed by a sufficient number of holders or members to take the action were delivered to the corporation as provided in subsection (c) of this section” (texto disponible en <https://opencasebook.org>; fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2022).

¹⁰⁰ B. ALCALONI, “Formas y modos de adopción de la voluntad social en las Sociedades de Responsabilidad Limitada”, disponible en <https://riu.austral.edu.ar> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2022). B. CARLINO, “Resoluciones sociales vía e-mail (art. 159 LGS) en las SRL”, disponible en <https://blog.errepar.com> (fecha última consulta: 4 de noviembre de 2022).

dose el voto correspondiente por escrito”. Para la sociedad anónima, el artículo 178 de esta misma Ley, tras establecer que la junta o asamblea de socios es el “órgano supremo de la sociedad”, añade que en los estatutos de la sociedad “se podrá prever que las resoluciones tomadas fuera de asamblea, por unanimidad de los accionistas que representen la totalidad de las acciones con derecho a voto o de la categoría especial de acciones de que se trate, en su caso, tendrán, para todos los efectos legales, la misma validez que si hubieren sido adoptadas reunidos en asamblea general o especial, respectivamente, siempre que se confirmen por escrito”.

76. Derecho europeo proyectado. La Propuesta de Reglamento de la Sociedad Privada Europea: Esta Propuesta reglamentaria, surgida con la finalidad principal de facilitar la actividad de las Pymes en el mercado supranacional comunitario, participa también de la tendencia a la que aquí se alude. En concreto, en su primera versión, de 25 de junio de 2008, estableció que para adoptar los acuerdos sociales (a los que se refería con el término “resoluciones”) “no será necesario convocar una junta general”, sino que “el órgano de administración facilitará a todos los socios las propuestas de resoluciones, junto con información suficiente para permitirles tomar una decisión fundada”. Y a lo anterior añadió que dichas “resoluciones se consignarán por escrito”, enviándose copia de ellas a todos los socios (artículo 27 apartado 3).

77. En la posterior versión de esta Propuesta de Reglamento, correspondiente a noviembre de 2009, aunque se refuerza en cierta medida el papel de la junta general en la formación de la voluntad social, pervive la posibilidad de adoptar acuerdos por escrito y al margen de la asamblea. Así lo corrobora el artículo 28 apartado 3 de la Propuesta. En él se establece lo que sigue: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 30 [que legitima a los socios que reúnan al menos el 10% (o el porcentaje inferior establecido en los estatutos) de los derechos de voto correspondientes a las participaciones, a solicitar al órgano de administración la convocatoria de una junta general], la adopción de acuerdos no requerirá la celebración de una junta general. El órgano de administración proporcionará a todos los socios las propuestas de acuerdo, así como la suficiente información para permitirles adoptar una decisión informada. Los acuerdos constarán por escrito y satisfarán los requisitos formales que al respecto establezca la legislación nacional aplicable. Se enviarán a todos los socios copias de los acuerdos adoptados y los resultados de las votaciones”¹⁰¹.

78. Estas previsiones sobre la Sociedad Privada Europea relativas a la posibilidad de adoptar acuerdos sin necesidad de celebrar una junta general se corresponden con los caracteres propios de esta figura societaria. Entre ellos cabe aquí destacar especialmente dos: 1º) el ser una sociedad *cerrada* (como lo pone de manifiesto la prohibición de que sus participaciones sean objeto ni de oferta pública ni de negociación pública) y 2º) el tratarse de una sociedad *contractual* (lo que queda corroborado por la amplia autonomía de la voluntad que se confiere a los socios en materia de participaciones, capital social y, en lo que especialmente aquí interesa, órganos sociales)¹⁰².

79. Derecho español proyectado. La Propuesta de Código Mercantil: Como anticipé más arriba, también forma parte de la tendencia a la que me refiero la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección 2ª de la Comisión General de Codificación española¹⁰³. Así se infiere de su artículo 231-73, donde se dispone que “[c]uando así lo prevean los estatutos, podrán ser sometidos a votación por escrito o por medios electrónicos los asuntos que, siendo competencia de la junta, sean susceptibles de voto simplemente afirmativo o negativo”. A lo que añade seguidamente el artículo 231-74 de la Pro-

¹⁰¹ R. GARCÍA PÉREZ, “Los acuerdos por escrito de los socios...”, *cit.*, pp. 313 y ss.

¹⁰² L. A. VELASCO SAN PEDRO, “De la *Societas Privata Europea* a la *Societas Unius Personae* en las Propuestas europeas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 1, 2017, pp. 333 y ss.; también al respecto F.J ALONSO ESPINOSA, “Sociedad Privada Europea: notas para la caracterización de una nueva forma de sociedad”, disponible en <https://digitum.um.es> (fecha de última consulta 2 de noviembre de 2022), pp. 11 y ss.

¹⁰³ COMISION GENERAL DE CODIFICACIÓN, Sección 2ª, Propuesta del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, disponible en <https://www.mjusticia.gob.es>. (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022).

puesta que “[e]n los casos en que se proponga la adopción de acuerdos por escrito, los socios podrán solicitar los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos sometidos a decisión”, correspondiendo a los administradores el deber de “facilitar la información solicitada a la mayor brevedad dentro de los límites establecidos para el derecho de información en este Código”.

80. No es difícil advertir que la propuesta española se aproxima al Derecho italiano, en el sentido de exigir, como condición *sine qua non* para la viabilidad de este procedimiento de adopción de acuerdos, la presencia en los estatutos de una cláusula que expresamente lo reconozca. Desde mi punto de vista, hubiese sido más correcto decantarse por una solución similar a la portuguesa, según la cual (como ha podido comprobarse con anterioridad) el uso de la votación por escrito con dispensa de la junta o asamblea de socios no exige una habilitación expresa en los estatutos, bastando que por vía estatutaria no haya sido vetado el recurso a dicho procedimiento de formación de la voluntad social¹⁰⁴. En todo caso, de este asunto me ocupo expresamente a continuación con mayor detenimiento¹⁰⁵.

IX. Sobre la necesidad o no de previsión estatutaria que habilite para tomar acuerdos por escrito y sin sesión: respuesta de *lege lata*

1. Preliminar: innecesariedad de previsión estatutaria al respecto

81. Aunque al valorar la solución sobre adopción de acuerdos por escrito y sin sesión que se contiene en la Propuesta de Código mercantil acabo de adelantar, en términos generales, cuál es mi opinión sobre el asunto que aquí me propongo abordar, es ahora el momento de detenerme e insistir algo más en él. En realidad, se trata de dar respuesta a dos cuestiones distintas: 1ª) La primera es de *lege lata*. Consiste en determinar si, de conformidad con el Derecho de sociedades vigente en nuestro país, sólo es posible prescindir de la junta o asamblea de socios cuando una cláusula de los estatutos confiere luz verde a la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Como pudo comprobarse más arriba, ésta es precisamente la solución defendida por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. 2ª) La segunda, en cambio, posee carácter de *lege ferenda*. Estriba en concretar, al menos en sus directrices principales, los términos en los que podría regularse este asunto en un futuro Derecho societario que reemplace al actual. Para ello puede revestir especial interés la toma en consideración de algunas de las soluciones vigentes en el Derecho comparado en relación con esta materia. Al respecto ya he expresado que la solución ofrecida por la Propuesta de Código Mercantil no llega a convencerme por ser excesivamente restrictiva.

82. Como se infiere de la intitulación del epígrafe que ahora desarrollo, aquí voy a referirme exclusivamente al asunto desde la perspectiva del Derecho vigente (*lege lata*). En el siguiente abordaré la cuestión desde un punto de vista prospectivo, esto es, de *lege ferenda*, para lo cual fijaré ciertas directrices acerca del modo en el que, a mi juicio, debería regularse este asunto en una futura legislación societaria. Como se verá, dichas directrices están impregnadas de las ideas de parquedad normativa y amplia libertad estatutaria.

83. En lo que atañe al análisis de *lege lata*, he de comenzar señalando que, en mi opinión, la tradicionalmente llamada (hoy ya no) Dirección General de los Registros y del Notariado no acierta cuando exige, como requisito indispensable para tomar acuerdos sin sesión, que los estatutos sociales contemplen expresamente el recurso a este mecanismo de formación y expresión de la voluntad social. Sí lo hace, sin embargo, cuando requiere la unanimidad de todos los socios como exigencia indispensable para que sea viable este procedimiento de adopción de acuerdos.

¹⁰⁴ Crítico con la opción de política legislativa concretada en el artículo 231-73 de la Propuesta de Código Mercantil v., también, J. ALFARO, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 22, quien califica el precepto de “indebidamente restrictivo”.

¹⁰⁵ Soy consciente de que la referencia que realicé en el texto a ordenamientos en los que se aprecia la tendencia analizada no es completa. A los expresamente mencionados cabría añadir otros muchos.

84. El argumento principal que sustenta la valoración precedente ya ha sido anticipado. Aquí me propongo abordarlo más extensamente. Reside en la admisión y regulación expresa de la *junta o asamblea universal* en nuestro ordenamiento [*infra*, 2]. Aunque a él cabría también añadir la *aplicación analógica a las juntas de socios de las reglas sobre adopción de acuerdos en el seno del consejo de administración* de la sociedad anónima (en concreto, de la previsión normativa que permite a este órgano adoptar acuerdos por escrito y sin sesión) [*infra*, 3].

2.- La admisión de la junta universal

85. Con la finalidad de desarrollar convenientemente este argumento, conviene exponer los requisitos necesarios para que pueda celebrarse válidamente una junta universal que, en realidad, no es propiamente una clase o tipo de junta, sino un supuesto especial de celebración de una asamblea que se considera válida pese a no haber cumplido las exigencias legales (y, en su caso, estatutarias) de celebración de las juntas generales.

86. En concreto, se habla legalmente de junta universal con referencia a aquellas asambleas en las que concurren de forma acumulativa los dos requisitos siguientes: 1º) la presencia en la reunión de la totalidad del capital social y 2º) la aceptación unánime por parte de éste de la celebración de la asamblea. A continuación, me refiero brevemente a ambos.

87. En cuanto al primero de ellos, son dos los asuntos sobre los cuales ha existido un interesante debate doctrinal en nuestra comunidad jurídica¹⁰⁶: a) Por una parte, la determinación de si es o no posible nombrar un representante para una asamblea universal¹⁰⁷. Esta cuestión ha merecido (con toda razón) una rotunda respuesta afirmativa, toda vez que es claro que la asamblea universal puede ser convocada informalmente (por ejemplo, por vía telefónica) y en estos casos nada impide que un socio pueda designar un representante, confiriéndole un poder especial para dicha junta¹⁰⁸. b) Por otra

¹⁰⁶ Sobre esta materia, v., entre otros, J.M. OTERO LASTRES, “El requisito de la aceptación unánime en la junta universal de la sociedad anónima” en AA.VV., *Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero. Derecho de sociedades*, vol. II, Madrid, 2002, pp. 1229 y ss.; L.M. MIRANDA SERRANO, “La junta universal de accionistas o socios: Una propuesta de solución a la problemática que encierran los requisitos de universalidad de las juntas”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 243, 2002, pp. 71 y ss.; I. FARRANDO MIGUEL, “Examinando críticamente la regulación de la junta universal en la Ley de Sociedades Anónimas”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 262, 2006, pp. 1307 y ss.; R. CABANAS TREJO, *Fusión de sociedades: inscripción, impugnación y régimen contable*, Ed. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 80 y ss.; *idem*, “Convocatoria y celebración de la Junta general. Junta universal. Acta notarial”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 68, 2017, pp. 163 y ss.; J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 178”, en J.A. GARCÍA-CRUCES e I. SANCHO GARGALLO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, t. III, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2021, pp. 2535 y ss.; F. LEÓN SANZ, “Comentario del artículo 178”, *cit.*, pp. 327 y ss.

¹⁰⁷ Este problema fue planteado por vez primera por el profesor URÍA que lo resolvió con una respuesta negativa. En su opinión, aunque todo socio tiene derecho de hacerse representar en las juntas o asambleas de la sociedad, en las juntas universales dicha representación no es posible, ya que, según la ley, la representación ha de ser conferida con carácter especial para cada junta; y esto no es compatible con el carácter espontáneo e imprevisto de las juntas: R. URÍA, “Comentario del artículo 55 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951”, en GARRIGUEZ-URÍA (Dir.), *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 1953, vol. I, pp. 535 y ss.

¹⁰⁸ La primera respuesta afirmativa a este problema fue dada por J. VALLET DE GOYTISOLO quien sostuvo que la junta universal no ha de ser necesariamente una reunión espontánea. En su opinión, es prácticamente excepcional que tengan lugar asambleas universales aleatorias e imprevistas. Normalmente, la celebración de dichas juntas está precedida de una convocatoria informal (por carta, teléfono, fax, etc.). Y es claro (concluye este autor) que en estos casos los socios pueden recurrir sin problema a la figura de la representación, confiriendo poderes especiales a ciertas personas para que las representen en las juntas universales que van a celebrarse: v. J. VALLET DE GOYTISOLO, *La publicidad en la convocatoria de las juntas generales y las llamadas juntas universales*, Ed. Revista de Derecho Mercantil, 1952, *passim*. Esta interpretación ha sido la acogida por la jurisprudencia, y ha tenido plasmación legal expresa en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995. De dicha Ley pasó posteriormente al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital que dedica a esta materia su artículo 178, donde se dispone que “la junta general quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión” (cursiva propia). No es difícil constatar que, de conformidad con este precepto, para que exista una junta universal es necesario que todo el capital social este presente o representado en la asamblea, requiriéndose, por tanto, la presencia en la junta de la totalidad de los socios por sí o por medio de un representante.

parte, la concreción de si es posible celebrar válidamente una junta universal sin la presencia del capital sin voto, con el argumento de que, dado que dicho capital no puede lo menos, es decir, votar en las juntas, tampoco ha de poder lo más, esto es, decidir si quiere o no celebrar una asamblea universal¹⁰⁹. Con buen criterio, este otro asunto ha sido resuelto a favor de considerar que el capital sin voto ha de consentir la celebración de la asamblea, pues de no ser así se vería privado injustificadamente de los derechos de participación y voz¹¹⁰.

88. Pero, además, para poder hablar de junta universal válidamente constituida se requiere que todo el capital social acepte de forma unánime la celebración de la reunión. En relación con esta segunda exigencia, cabe plantearse si solo vale la aceptación expresa o también la tácita, e incluso si cabe atribuir eficacia a la aceptación presunta. A mi juicio, estos tres tipos de aceptación son posibles. No es necesario, en efecto, que los socios consientan expresamente la celebración de la reunión. Su mera presencia en la asamblea (incluso pasiva) es suficiente para fundamentar que consienten su celebración, pues de no querer esta consecuencia les bastaría simplemente con alzar la voz y expresar su voluntad contraria a su celebración¹¹¹.

89. Pues bien, de esta regulación de la junta universal, rectamente interpretada, cabe extraer algunas ideas de interés para el asunto que aquí se analiza. A ellas me refiero a continuación.

90. La primera es de gran relevancia. Consiste en que, aun cuando los estatutos no prevean nada sobre la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, esta posibilidad de formación de la voluntad social no está vetada a los socios. Si pueden prescindir de las reglas de la previa convocatoria y lugar de celebración de la junta, también han de estar facultados para decidir la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Para ello, no obstante, es necesario que todos ellos (con inclusión de los privados del derecho de voto) consientan de forma unánime la utilización de este procedimiento flexible de formación y expresión de la voluntad colectiva¹¹².

91. Por analogía con lo que he expuesto en relación con la junta universal, dicho consentimiento (unánime) no tendrá que ser necesariamente expreso. Podrá ser también tácito o por *facta concludentia*, esto es, a través de actos que revelen de forma clara e inequívoca la existencia de una voluntad de aceptar. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando cada uno de los socios que integran la compañía vote a favor o en contra de las propuestas de acuerdo planteadas por escrito, aunque sin haber expresado previamente su conformidad con la utilización del procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Así ha de concluirse por cuanto que no parece dudoso que de la participación en la votación de todos los socios se infiere de modo nítido y concluyente que todos ellos han consentido unánimemente la opción por dicho mecanismo de formación de la voluntad social, siempre (como es natural) que la totalidad de ellos hubiesen sido informados previa y convenientemente del significado de la emisión de sus votos.

¹⁰⁹ En concreto, el debate sobre esta cuestión fue iniciado en la doctrina mercantilista española por J.M. MUÑOZ PLANAS, “Junta universal y acciones sin voto”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y legislación*, nº 2, 1994, pp. 1046 y ss.

¹¹⁰ Ampliamente *v.* lo que expongo sobre esto (y la doctrina que allí cito) en L.M. MIRANDA SERRANO, “La junta universal...”, *cit.*, *passim*, lugar al que me remito para mayor información.

¹¹¹ *Ibidem*; esta conclusión no se desvirtúa por lo dispuesto en el artículo 97.1.4º del Reglamento del Registro Mercantil, que exige que en el acta de la junta universal, tras la relación de los asistentes, se incorpore la firma de cada uno de ellos. En nuestra opinión, esta exigencia reglamentaria no debe ser exagerada. Así lo ha sostenido expresamente el Tribunal Supremo, al afirmar que “aun cuando el acta de la junta universal no haya sido firmada por todos los socios, como prescribe el apartado 4º *in fine* del artículo 97 RRM, no supone la pérdida de virtualidad del acta, sino un mero defecto que no alcanza a su validez, sin desdeñar que dichas firmas suponen una garantía de la veracidad del acta, en cuanto ratifican la presencia y aceptación de los socios” (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2002).

¹¹² No conforme, sin embargo, en cuanto a la no necesidad de existencia de una cláusula estatutaria para que sea viable la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión: J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 2226, quien apunta que, a su juicio, “en ausencia de un pacto estatutario de tal tipo, no habría de admitirse la procedencia de este procedimiento para la formación de los acuerdos sociales, pues existe un riesgo de inseguridad para el socio”.

92. Al emitir sus consentimientos en el sentido indicado (ya sea de forma expresa o tácita), los socios renuncian a su derecho a participar en las deliberaciones previas a la toma de decisiones. Mas dicha renuncia es plenamente lícita. Como señalé más arriba, la deliberación es una competencia de la asamblea. Pero no una obligación o deber legal e inexcusable de ella. Ni constituye tampoco la expresión de un principio configurador del tipo social. Además, esta renuncia no debe exagerarse en una sociedad como la actual, caracterizada por el masivo uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Nada impide que, pese al consentimiento unánime de todos los socios (incluidos los desprovistos del derecho de voto) en consentir la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, dichos sujetos puedan entrar en contacto electrónico o telefónico entre sí con la finalidad de intercambiar sus opiniones, pareceres y puntos de vista sobre los acuerdos a adoptar.

93. El argumento expuesto me parece decisivo. La inexistencia de norma en nuestro ordenamiento que prohíba la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, junto a la admisión expresa de que los socios (todos ellos sin excepción) puedan acordar por unanimidad prescindir de las reglas relativas a la celebración de la asamblea, les deja abierta la puerta a la posibilidad consentir unánimemente la adopción de acuerdos sobre determinados asuntos sin necesidad de estar reunidos (presencial o virtualmente) en un mismo momento y lugar, renunciando a su derecho a deliberar.

94. Comparto así la opinión doctrinal partidaria de conferir carácter desproporcionado a la exigencia de una reunión formal para la válida adopción de acuerdos en las sociedades cerradas con escaso número de socios, al entender que el carácter colegiado de la junta no es imperativo y que el principio de reunión no puede considerarse de *ius cogens*¹¹³. En esta dirección se sostiene que, hablando de juntas universales, “lo relevante es la voluntad de los destinatarios de la convocatoria (socios) de que la junta tenga lugar; y lo tenga en los términos por ellos fijados, con independencia de que concurren o no físicamente en un lugar y en un momento dado para así realizar las oportunas manifestaciones”¹¹⁴. Al mismo tiempo —y en coherencia con lo anterior—, considero excesivamente rígida (además de ampliamente desmentida por la realidad) la tesis favorable a sostener que “sin sesión no hay junta universal”, tras la cual subyace una concepción de la asamblea como órgano colegiado necesario para la formación y expresión de la voluntad social y, por tanto, la negación de que dicha voluntad pueda formarse por escrito y al margen de la asamblea, aunque todos los socios estén de acuerdo en que así se haga¹¹⁵.

95. Esta segunda manera de entender el asunto choca abiertamente con la realidad. Por el contrario, la primera se acomoda a lo que habitualmente acontece en nuestra práctica societaria. Como expuse con anterioridad, en ella abundan las llamadas juntas universales ficticias o de papel, que no en vano se erigen en el procedimiento habitual de adopción de acuerdos en sociedades cerradas y con reducido número de socios. Tan es así que nuestro Tribunal Supremo se ha referido expresamente a ellas. En concreto, en una de sus sentencias constata que “las juntas sociales eran sistemáticamente universales, sin previa convocatoria”. A lo que añade seguidamente que tenían lugar “sin celebración efectiva de la reunión”. Razón por la cual “no existía presencia alguna de los socios en un acto de clase alguna, sino que se trataban informalmente temas entre los socios, ni siquiera todos a la vez, incluso, en ocasiones, por conversaciones telefónicas o aprovechando encuentros familiares entre algunos de ellos, tras lo que se elaboraba un acta que se iba pasando por los domicilios de los socios para su firma”¹¹⁶.

¹¹³ J. ALFARO, “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, pp. 690 y ss.; IDEM, “El carácter necesario de la junta y su celebración por escrito...”, *cit. supra*; IDEM, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, pp. 20 y ss.; J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 118”, *cit.*, pp. 2553 y ss.

¹¹⁴ J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 118”, *cit.*, pp. 2553 y ss.; más adelante, señala este autor que su opinión (que comparto) resulta acreditada por “la licitud de la —extendida— práctica de celebración de la junta universal sin sesión (o por escrito) y que expresamente ha ratificado la jurisprudencia (v. STS 120/2015, de 16 de marzo).

¹¹⁵ R. LARGO GIL, “La sesión como elemento definitorio...”, *cit.* pp. 141 y ss.

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 120/2015, de 16 de marzo de 2015.

96. Ahora bien, aceptado el argumento de que el reconocimiento legal de la junta universal permite la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión en los términos expuestos, se ha de hacer constar que, por aplicación de un criterio de razonabilidad y de las propias reglas que rigen las juntas universales, las decisiones tomadas a través de ese procedimiento flexible no habrán de ser unánimes. Se registrarán por las reglas de las mayorías legal o, en su caso, estatutariamente previstas. No se pierda de vista que las juntas universales, aunque quedan al margen de las reglas relativas a la celebración de la asamblea, se ven plenamente afectadas por los límites legales y estatutarios propios de la adopción de acuerdos sociales. En consecuencia, la unanimidad es requerida para dar viabilidad al procedimiento de formación de la voluntad social por escrito y sin sesión. No para la adopción de los eventuales acuerdos que puedan surgir de la puesta en marcha de dicho procedimiento.

3. La aplicación analógica de las reglas del consejo de administración

97. Como se sabe, el recurso a la analogía exige el cumplimiento de determinadas exigencias. En primer lugar, que las normas (en nuestro caso societarias) no regulen un supuesto concreto al que trata de encontrarse regulación. En segundo lugar, que la normativa regule otro supuesto de hecho diverso del carente de regulación. En tercer y último lugar, que entre ambos supuestos exista inexcusablemente la denominada “identidad de razón”, es decir, una clara semejanza o similitud. Así se infiere del artículo 4, apartado 1, del Código Civil: “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

98. Recordado lo anterior, se han de tener en cuenta dos datos de interés para los fines aquí perseguidos. Por un lado, la naturaleza de órgano colegiado propia del consejo de administración, que en este extremo coincide con la junta de socios, cuyo carácter colegiado está fuera de discusión. Por otro lado, la existencia de una previsión legal expresa en nuestro Derecho de sociedades que faculta al órgano de administración a adoptar acuerdos por escrito y sin sesión, siempre que ningún consejero se oponga a este procedimiento. Determinante y claro es, en el sentido indicado, el artículo 248, apartado 2, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital: “En la sociedad anónima la votación por escrito y sin sesión sólo será admitida cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento”¹¹⁷.

99. A la vista de lo expuesto, no parecen existir inconvenientes de entidad para aplicar analógicamente a la junta general la previsión legal del consejo de administración a la que acaba de hacerse referencia. Antes bien, parecen cumplirse las exigencias necesarias para la aplicación analógica de las normas, concretadas en el apotegma latino “donde hay la misma razón, debe ser la misma la disposición del Derecho” (*ubi eadem est ratio, eadem est o debet esse juris dispositio*).

100. Desde luego, no parece procedente invocar la inexistencia de “identidad de razón” en este caso sobre la base de las diferencias apreciables entre una sociedad anónima y una limitada. Contrariamente a lo que pudo ocurrir en tiempos pretéritos, hoy es claro que ambas son sociedades de capital que pueden dar cobijo a modelos de negocio muy similares. De hecho, así se infiere de la *polivalencia funcional* propia de la sociedad anónima española, como tipo social apto tanto para sociedades abiertas con gran número de socios que cotizan en bolsa, como para sociedades más cerradas en las que la identidad de los socios (y del contrato social) posee una relevancia nada despreciable. Se explica así que la realidad nos muestre cómo ambos tipos societarios se superponen, dada su aptitud para cubrir unas mismas necesidades. Y se explica así igualmente la certera afirmación de que, a diferencia de lo que acontece en el Derecho alemán, en donde existe una gran diferencia entre el régimen de la sociedad anónima y el de

¹¹⁷ Recientemente, sobre este precepto: J. JUSTE MENCÍA, “Comentario del artículo 248”, *cit.*, pp. 3455 y ss., quien apunta que este procedimiento excepcional de adoptar acuerdos por parte del consejo de administración “en ocasiones se ha consentido también para la formación de la voluntad social de otros órganos colegiados” (p. 3458).

la limitada, en el ordenamiento español dicha diferencia puede ser calificada de reducida y menguante¹¹⁸. De ahí que una de las principales reivindicaciones que la doctrina mercantilista viene haciendo a nuestro legislador, desde hace ya algún tiempo, estriba en la necesidad de afrontar cuanto antes el relevante asunto de la relación entre las sociedades anónimas y las limitadas, con vistas a dividir las sociedades de capital en dos grandes grupos: el de las abiertas, por un lado, y el de las cerradas, por otro¹¹⁹.

X. Adopción de acuerdos por escrito y al margen de la junta de socios: algunas reflexiones *de lege ferenda*

101. Al elaborar una regulación de *lege ferenda* del mecanismo de adopción de acuerdos que se analiza, son varias las cuestiones que interesa analizar. En rigor, casi todas ellas surgen de tomar en consideración y contrastar las regulaciones que el legislador comparado realiza de esta materia. Seguidamente me refiero a algunas que considero de mayor interés.

102. El primer asunto sobre el que interesa incidir acaba de ser despejado en el epígrafe anterior, al analizar esta materia desde la perspectiva de la *lege lata*. Se trata de determinar si una futura regulación de este procedimiento flexible de formación de la voluntad social requeriría o no la existencia de una disposición estatutaria que habilite a los socios para adoptarlo. Como acaba de comprobarse, mi opinión (contraria tanto a la de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública como a la de cierta doctrina) ha sido negativa en relación con el Derecho vigente. Y, naturalmente, ha de ser también la misma desde una visión de *lege ferenda*. Descarto así la opción seguida por la Propuesta de Código Mercantil, según la cual se podrán adoptar acuerdos a través de votación por escrito “cuando así lo prevean los estatutos”. El mismo rechazo me produce también, por ejemplo, en este extremo la legislación italiana, que igualmente exige habilitación estatutaria para que los acuerdos en las sociedades limitadas puedan tomarse a través de consulta escrita o sobre la base de un consentimiento por escrito. Más lógica me parece, en cambio, la solución portuguesa, de conformidad con la cual el procedimiento de votación por escrito y sin sesión no precisa de una cláusula estatutaria que lo permita, sino que basta la inexistencia de una disposición en los estatutos que lo prohíba.

103. Ahora bien, una cosa es que no se considere necesario requerir previsión estatutaria expresa para poder activar el procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, y otra bien distinta que esté prohibido incluir dicha previsión en los estatutos. Como es natural, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad propia del ámbito estatutario (artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital), es perfectamente posible la inserción en los estatutos sociales de previsiones específicas relativas a este mecanismo de formación de la voluntad social. Además, esta posibilidad presenta un cierto atractivo para los socios. Sobre todo, porque les permite sustituir la exigencia del consentimiento unánime de la base social para poder recurrir al mecanismo de adopción de acuerdos que se analiza (que es la regla que ha de aplicarse en ausencia de previsión estatutaria que prohíba este procedimiento) por aquella otra que, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, les parezca más procedente y aconsejable para su sociedad: un acuerdo adoptado por mayoría absoluta o reforzada de la base social, o simplemente una decisión unilateral del administrador o administradores, o de un socio o grupo de socios¹²⁰. El funda-

¹¹⁸ J. ALFARO, “La sociedad anónima alemana y la sociedad anónima española”, disponible en <https://almacen.de.derecho.org/49460-2> (fecha última consulta: 2 de noviembre de 2022). A favor de admitir la celebración de junta sin sesión, de forma similar a lo que se prevé para el consejo de administración de la sociedad anónima, además del autor precitado (v. su “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 23), se pronuncia, también, *ad ex.*, J.A. GARCÍA-CRUCES, “Comentario del artículo 178”, *cit.*, p. 2554, quien sostiene que “la junta, en cuanto que órgano sujeto a un procedimiento colegial, puede adoptar sus acuerdos sin sesión, tal y como advierte el texto legal respecto de otro órgano también colegiado (artículo 248.2 LSC)”. En contra, sin embargo, al parecer: R. LARGO GIL, “La sesión como elemento definitorio...”, *cit.*, pp. 146 y ss.

¹¹⁹ *Ad ex.*, en esta dirección (y entre otros muchos), v. E. BELTRÁN SÁNCHEZ, “La Ley de Sociedades de Capital”, *El Notario del siglo XXI*, n° 40, 2011, disponible en <https://www.elnotario.es> (fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2022).

¹²⁰ T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY, “La adopción de acuerdos por escrito”, *cit.*, p. 14, en las directrices que formulan para la regulación (de *lege ferenda*) de esta materia, consideran (más restrictivamente que en las que aquí se efectúan) que la

mento de esto último no es difícil de explicar: en este supuesto decae la exigencia del consentimiento unánime de los socios por cuanto que por vía estatutaria ya se contaría con un consentimiento general para admitir este sistema de expresión de la voluntad social. Bien entendido que nada impide que la previsión de los estatutos pueda también exigir la unanimidad como requisito *sine qua nom* para poner en marcha el mecanismo de adopción de acuerdos que se analiza. Aunque en este caso dicha exigencia estatutaria aportaría poco al régimen de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Expresivamente, cabría aquí invocar el clásico refrán “para este viaje no hacían falta alforjas”. En esta materia, el recurso a los estatutos por parte de los socios reviste interés, sobre todo, para flexibilizar, hasta donde consideren oportuno, los procesos de toma de decisiones. El Derecho alemán es un claro ejemplo en este sentido. No en vano, cuenta con una regulación dispositiva que faculta a los socios a fijar por vía estatutaria mecanismos de adopción de acuerdos carentes de toda formalidad.

104. El segundo extremo sobre el que también es necesario pronunciarse se refiere a si sería o no apropiado permitir que puedan adoptarse por escrito y sin sesión cualesquiera asuntos que sean competencia de la junta o, por el contrario, han de quedar al margen de este mecanismo de formación de la voluntad social algunos tipos de acuerdos. El Derecho comparado ofrece ejemplos claros de esta segunda opción de política legislativa. Este es el caso, por ejemplo, del Derecho inglés, que sitúa extramuros de este procedimiento a los acuerdos relativos al cese de auditores y administradores. Algo similar ocurre en el Derecho alemán, que excluye de esta vía los acuerdos de fusión, escisión o transformación. Y en esta misma dirección se sitúa también, por ejemplo, el Derecho italiano, que prevé la improcedencia de este procedimiento para decidir, entre otras materias, sobre el nombramiento de los auditores de cuentas y del presidente de la junta de auditores, así como sobre las modificaciones estatutarias y la reducción del capital por pérdidas. Sobre la base de estos ejemplos, cabría plantear si sería conveniente que quedasen fuera de este mecanismo de formación de la voluntad social los acuerdos que, por su especial transcendencia, requieren para su válida adopción una mayoría reforzada, así como, en general, los que han de acceder al Registro Mercantil. Me refiero, entre otros, a los relativos al aumento o la reducción del capital social y a cualquier otra modificación de los estatutos sociales, así como a los que autorizan a los administradores a hacer competencia a la sociedad, junto con los relativos a la supresión o la limitación del derecho de preferencia en los aumentos del capital, a la transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo, traslado del domicilio al extranjero y exclusión de socios. A mi juicio, no hay razón que justifique dejar estos asuntos al margen del procedimiento de adopción de acuerdos por escrito. De igual modo que la junta universal puede decidir sobre estas materias (siempre que, además de consentir todos los socios la celebración de la asamblea, los acuerdos se adopten por las mayorías reforzadas legalmente requeridas), lo mismo puede predicarse del procedimiento de expresión de la voluntad social por escrito y sin sesión (presencial o virtual)¹²¹.

propuesta para que se ponga en marcha el mecanismo de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión “puede provenir de los propios administradores o de los socios, siempre que representen, a juicio del legislador, un determinado porcentaje del capital social”. No es difícil advertir aquí la influencia que sobre estos autores ejerce la regulación inglesa (analizada con cierta profundidad por T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY), según la cual (como se señaló *supra* en el texto), la iniciativa para recurrir a este mecanismo de formación de la voluntad social puede recaer en los administradores o en los socios, pero en este segundo caso requiriéndose que reunan al menos el 5% de los derechos de voto de todos los socios legitimados para la adopción del acuerdo de que se trate. En mi opinión, aunque no se trata de una mala propuesta, parece más lógico dejar una mayor libertad a los propios socios para que sean ellos los que establezcan el modo que más les convenga e interese en lo que respecta a la puesta en marcha del mecanismo flexible de formación de la voluntad social que se analiza.

¹²¹ De esta opinión es J. ALFARO, “El carácter necesario de la junta y su celebración por escrito...”, *cit. supra*, quien señala expresamente que “el procedimiento escrito puede utilizarse para adoptar cualquier tipo de acuerdo, también por analogía con la junta universal, incluyendo los que sean inscribibles en el Registro Mercantil”; también este autor: “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, p. 693 y “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 25. Sin embargo, no conformes T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY, “La adopción de acuerdos por escrito”, *cit.*, pp. 13 y 14, quienes (a la vista principalmente de la regulación que el ordenamiento inglés realiza de esta materia) se muestran partidarios de entender que “puesto que los acuerdos adoptados por este sistema carecen de una deliberación formal previa, con reflejo en el acta, y, en consecuencia, pueden verse mermados algunos derechos de socios y de terceros como el de ser oídos, el legislador podría estimar conveniente excluir algunos tipos de acuerdos de su adopción mediante el procedimiento por escrito” (p. 13).

105. En tercer lugar, y a la vista, sobre todo, de lo previsto en los ordenamientos alemán y portugués, habría que plantearse la conveniencia o no de establecer en nuestro ordenamiento dos procedimientos de formación de la voluntad social distintos de la junta o asamblea de socios. Me refiero, por un lado, al consistente en adoptar acuerdos unánimes por escrito (en el que la unanimidad se requiere para la toma de cada uno de los acuerdos sometidos a este procedimiento) y, por otro, al relativo a la adopción de acuerdos mediante votación escrita y sin necesidad de junta (en el que la unanimidad es exigida para la elección de este mecanismo, pero no para la adopción de los concretos acuerdos, sometidos a las reglas de las mayorías que les sean aplicables). Personalmente me inclino por descartar esta opción de política legislativa. A mi juicio, bastaría solo con prever el segundo de los procedimientos indicados. Al primero no le encuentro especiales ventajas, al requerirse para su efectividad que todos los socios voten unánimemente a favor de los acuerdos. Más bien le veo inconvenientes, pues su rigidez, en contraste con el segundo de los mecanismos referidos, es evidente. Y, en todo caso, si los socios desean adoptar determinados acuerdos por unanimidad sin reunirse (presencial o virtualmente) en junta, están perfectamente facultados para hacerlo a través del mecanismo de la votación escrita y sin sesión (presencial o virtual). Razón por la cual cabe afirmar que la admisión expresa del segundo procedimiento permite dar cobijo a las situaciones que podrían tener cabida dentro del primero.

106. En cuarto lugar, es conveniente abordar el procedimiento a través del cual habrían de adoptarse los acuerdos por escrito y sin sesión. Teniendo en cuenta el modo en que se regula este asunto en el Derecho comparado, no me parece necesario ni conveniente que nuestro legislador realice una regulación prolija de este extremo, como ocurre, por ejemplo, en los ordenamientos portugués o británico¹²². Más bien optaría por la solución por la que se decantó el legislador español al redactar la primera Ley de Sociedades Limitadas o, más tarde, al promulgar la Ley de Agrupaciones de Interés Económico, consistente en limitarse a declarar de modo expreso la posibilidad de seguir esta vía de adopción de acuerdos, pero dejando en manos de los propios socios la tarea de fijar el concreto procedimiento a seguir¹²³. De modo que competiría a ellos decidir la forma o modo de la adopción de los acuerdos por esta vía. Ésta podría tener carácter *circular*, como ocurre, por ejemplo, en la práctica societaria alemana. En caso de que ésta fuese la forma elegida, las cosas acontecerían básicamente del modo siguiente: un primer socio emitiría su voto por escrito a la propuesta recibida del administrador o del socio encargado de poner en marcha este procedimiento; seguidamente pasaría el documento a otro socio para que procediese también a emitir su voto, y así sucesivamente. Pero cabría igualmente descartar esta forma circular en favor de otra que podría denominarse *lineal o de nexo*¹²⁴. Ésta consistiría en que cada uno de los socios dirigiese al administrador (o, en su caso, al socio legitimado para activar el procedimiento) su doble decisión relativa, por un lado, a aceptar el procedimiento de votación escrita y, por otro, a votar cada una de las propuestas de los asuntos a decidir. De utilizarse esta segunda forma, habría que entender que los acuerdos han sido adoptados en el momento en que el último socio ejecuta su derecho a votar y el voto por él emitido llega a la sociedad. Así resultaría de aplicar analógicamente a este extremo la regla del artículo 54 del Código de comercio, de redacción idéntica a la del artículo 1262 apartado 2 del Código Civil, según la cual cuando las partes están distanciadas geográficamente existe contrato desde que el

¹²² Que, además, no están exentos de crítica en algunos extremos. Así ocurre efectivamente, por ejemplo, en ciertos aspectos del procedimiento establecido por la ley portuguesa, que no son demasiado acertados. Me refiero a la exigencia formal de que la consulta a los socios para el uso de este procedimiento se realice a través de carta certificada. A mi juicio, esta exigencia es excesiva. Parecería más razonable requerir (en términos muy similares a los que se expresa nuestra Ley de Sociedades de Capital al regular la convocatoria de la junta), que la consulta se realice por cualquier procedimiento individual y escrito que garantice su correcta recepción por el destinatario (lo que, por ejemplo, abriría la puerta abiertamente al correo electrónico, ampliamente utilizado en la sociedad actual como medio o técnica de comunicación a distancia).

¹²³ Al parecer, no conformes, con una regulación tan escueta del procedimiento que remita los pormenores del régimen a aplicar a las reglas surgidas de la autonomía de la voluntad de los socios: T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY, “La adopción de acuerdos por escrito”, *cit.*, pp. 13 y ss., quienes (de forma semejante al ordenamiento británico) apuestan por una regulación de *lege ferenda* más prolija, en la que se regulen aspectos tales como los posibles acuerdos excluidos, la legitimación, el procedimiento de envío, etc.

¹²⁴ En concreto, el término “nexo” es el empleado por J. ALFARO, “La junta, los acuerdos sociales...”, *cit.*, p. 692; IDEM, “Comentario del artículo 159”, *cit.*, p. 24.

oferente (en este caso el administrador o socio) conoce la aceptación (teoría de la cognición) o, desde que habiéndosela remitido el aceptante (último de los socios en votar), no puede ignorarla sin faltar a la buena fe (teoría de la recepción)¹²⁵. También sería competencia de los socios fijar un plazo dentro del cual habrían de ser adoptados los acuerdos por escrito y sin sesión¹²⁶.

107. En cualquier caso, del documento en que conste la votación del socio habrá de inferirse con nitidez que el socio manifiesta su aprobación a la utilización del procedimiento escrito y sin sesión, así como el sentido de su voto en relación con cada una de las propuestas formuladas. Esto sin perder de vista, como tuve oportunidad de señalar más arriba, que de la emisión del voto por los socios puede inferirse la aprobación del procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin junta, pues votar a las propuestas que se les presenten a través de este mecanismo de formación de la voluntad social sin poner reparo alguno supone una aceptación tácita (o por hechos concluyentes) de la admisión de dicho procedimiento.

108. Por otra parte, el reconocimiento legal expreso (de *lege ferenda*) de este procedimiento flexible de formación de la voluntad colectiva en los términos más arriba expuestos, no parece oponerse a que los socios, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, prohíban expresamente por vía estatutaria este mecanismo de adopción de acuerdos. De hecho, esto es precisamente lo que acontece en el Derecho vigente con la facultad del consejo de administración de adoptar sus acuerdos por escrito y sin sesión. Pese a que la ley admite expresamente esta vía de toma de decisiones en el seno del consejo (artículo 248 de la Ley de Sociedades de Capital), la doctrina que analiza esta cuestión es pacífica en admitir que los estatutos sociales puedan prohibir este sistema y conferir carácter obligatorio a la celebración de la sesión para la adopción de la totalidad de los acuerdos del consejo¹²⁷. Aunque el asunto puede ser opinable, la opción de política legislativa que acabo de exponer (sustentada en la libertad y autonomías estatutarias) me parece más razonable que la seguida, por ejemplo, en la legislación británica, según la cual (como se indicó *supra*) está vetado a los estatutos prohibir a los socios la adopción de acuerdos por escrito (*written resolutions*) de conformidad con el procedimiento legalmente previsto.

109. Ahora bien, en caso de que se rechazara la opción de política legislativa a la que me acabo de referir, basada en las ideas de parquedad normativa y autonomía estatutaria, y se optara por una regulación legal más minuciosa del procedimiento flexible de adopción de acuerdos que aquí se analiza, considero que dicha regulación habría de tener *naturaleza dispositiva* (al igual que ocurre, por ejemplo, en el Derecho alemán). Ello permitiría a los socios sustituir las reglas legales por las que considerasen en cada caso más apropiadas para su sociedad. Como se sabe, las sociedades cerradas existentes en la práctica son muy variadas. Razón por la cual habría que descartar la conveniencia de una regulación legal imperativa en esta materia. Sobre todo, porque dicha normativa difícilmente podría adecuarse a las necesidades de cada una de estas sociedades.

110. Al margen de lo anterior, cuando se exija consentimiento unánime para activar el mecanismo de adopción de acuerdos que se analiza (porque no se disponga nada en los estatutos o porque, pese a existir cláusula estatutaria expresa, ésta requiera la unanimidad de la base social) y algún socio niegue haber dado su consentimiento, habrá de corresponder a la sociedad probar que esto no ha sido así y que los acuerdos han sido adoptados válidamente. Y si esto no pudiese demostrarse, estaríamos ante una situación equivalente a la que tiene lugar cuando uno o varios socios alegan que se les ha

¹²⁵ *Ibidem* y además, del mismo autor: “El carácter necesario de la junta y su celebración por escrito...”, *cit. supra*.

¹²⁶ Para T. DE LAS HERAS BALLEL y J. FELIÚ REY, “La adopción de acuerdos por escrito”, *cit.*, p. 14, no existe ningún inconveniente para que el plazo fijado por el artículo 46 de la Ley de Sociedades Limitadas de 1995 (es decir, el plazo desde la convocatoria de la junta hasta su celebración) pudiese aplicarse a la adopción de acuerdos por escrito. El tenor del precepto referido era el que sigue: “Entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión deberá existir un plazo de, al menos, quince días. En los casos de convocatoria individual a cada socio, el plazo se computará a partir de la fecha en que hubiere sido remitido el anuncio al último de ellos”.

¹²⁷ Como se pone de manifiesto por J. JUSTE MENCIA, “Comentario del artículo 248”, *cit.*, p. 3459.

ocultado la celebración de una junta universal en cuyo seno se han adoptado determinados acuerdos. Como he expuesto con anterioridad en varias ocasiones, por no permitirse de forma expresa la adopción de acuerdos a través de mecanismos flexibles, es frecuente que los socios se reúnan para firmar un acta y dar así forma a una asamblea ficticia o de papel, entendida como una reunión dirigida a documentar los acuerdos que se consideran necesarios para la vida de la sociedad. Aunque en otros casos ni siquiera ocurre esto, sino que la confluencia de los socios en un determinado momento y lugar se sustituye por la firma sucesiva del acta por parte de cada uno de ellos. En estos supuestos el problema principal que puede surgir consiste en un abuso de la mayoría sobre la minoría, lo que acontece cuando aquélla trata de hacer valer frente a ésta los acuerdos adoptados en una junta universal inexistente, alegando que dichos acuerdos son plenamente válidos por contar con el voto favorable de un porcentaje de capital muy superior al legalmente exigido y por tener un contenido respetuoso con los estatutos y con la ley¹²⁸. Al respecto, jurisprudencia y doctrina sostienen que, tratándose de asambleas universales inexistentes, es necesario analizar el contenido de los acuerdos adoptados para sostener si son o no contrarios al orden público. Como se sabe, en caso afirmativo, tales acuerdos son susceptibles de ser judicialmente impugnados sin límite de tiempo. Según los tribunales, para que exista una violación de orden público es necesario que un acuerdo no pueda consolidarse desde el punto de vista de los principios más relevantes que informan el sistema jurídico español¹²⁹. A modo de ejemplo, se reputan acuerdos contrarios al orden público los que por su causa (razón a la que responden y finalidad que persiguen), por su contenido (tenor literal y alcance) o incluso por las circunstancias de su adopción, impliquen o sirvan de instrumento para acciones delictivas, fraudulentas o contrarias a los derechos fundamentales de las personas. En este sentido, no cabe albergar duda alguna acerca de que es contraria al orden público la constitución de una asamblea universal con el fin de adoptar acuerdos cuando se evita la intervención en ella de ciertos socios que desconocían su existencia¹³⁰. E idéntica solución habrá de darse al procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión (presencial o virtual) cuando se priva a uno o varios socios de participar en él en aquellos supuestos en los que no existe previsión estatutaria al respecto o, pese a existir, se requiere en ella unanimidad para activar el proceso de adopción de acuerdos que se analiza¹³¹. De modo que ha de vislumbrarse contrariedad al orden público en aquellos acuerdos que se adoptan en una falsa junta universal o en un procedimiento de votación

¹²⁸ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “La impugnación de las juntas generales inexistentes”, disponible en <https://eprints.ucm.es>, pp. 20 y ss. (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022).

¹²⁹ V., entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de julio de 2019, que es comentada por J. ALFARO en “Falsas juntas universales”, disponible en <https://derechomercantiles pana.blogspot.com> (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022).

¹³⁰ *Ad ex.*, sobre el concepto de “orden público”: GARCÍA VILLARRUBIA, M., “El orden público como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales”, disponible en <https://www.uria.com> (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022).

¹³¹ Sin embargo, a propósito de la falsificación de la firma de alguno de los socios, fingiendo que ha participado en una junta universal, v., entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo 222/2010, de 19 de abril de 2010, en la que no se tienen en cuenta las circunstancias del acuerdo para determinar si es o no contrario al orden público en el sentido expuesto en el texto.: “Por lo expuesto se ha considerado que el cumplimiento de los requisitos del artículo 99, como alternativa a la correcta convocatoria de los socios, afecta a la esencia de la sociedad anónima, en el sentido de conjunto de principios configuradores de la misma, a los que se refiere el artículo 10 del Texto refundido. Ello sentado, los artículos 115 y 116 del mismo Texto califican como nulos los acuerdos contrarios a la Ley y, al regular la caducidad de la acción de impugnación de los mismos, incluyen dentro de tal categoría aquellos que por su causa o contenido resulten contrarios al orden público. El término orden público se suele emplear para designar el conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de una determinada organización social, reflejan los valores que, en cada momento, informan sus instituciones jurídicas - sentencia de 21 de febrero de 2.006 -. El artículo 116 utiliza el término en un sentido más restringido y como un elemento diferenciador entre dos categorías de normas positivas, tomando en consideración sólo principios ya incorporados a ellas. Entre las normas que incorporan esos valores se encuentran aquellas que disciplinan aspectos esenciales del sistema societario - sentencia de 26 de septiembre de 2.007 -. Las mismas son reflejo, en efecto, de los principios configuradores del tipo de sociedad mercantil de que se trata - sentencias de 28 de noviembre de 2.005 y 29 de noviembre de 2.007 -, a los que antes se hizo referencia. Pues bien, la celebración de reuniones de socios como juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el artículo 99 - la presencia de todo el capital - se ha considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y, además, contraria al orden público - sentencias de 29 de septiembre de 2.003, 30 de mayo y 19 de julio de 2.007 -, con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados - sentencias de 19 de julio y 28 de noviembre de 2.007, no obstante la de 18 de mayo de 2.000 -, ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta la reunión de socios en que se tomaron”.

por escrito y sin sesión (presencial o virtual) carente de consenso unánime, con el efecto de perjudicar a la sociedad o a alguno de sus socios. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se oculta la celebración de la asamblea universal o del procedimiento de votación por escrito y sin sesión (cuando su activación requiera unanimidad de la base social) al socio minoritario para evitar que ejerza un derecho. Sin embargo, cuando las falsas juntas universales o los procedimientos de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión se limiten a aprobar las cuentas o a adoptar acuerdos neutros, es decir, que no alteren la posición de ninguno de los socios ni supongan una expropiación o apropiación indebida por parte de los administradores o de los socios mayoritarios, ni constituyan una maniobra torticera por parte de la mayoría de capital, los acuerdos adoptados serán susceptibles de impugnación ante los tribunales, pero no contrarios al orden público¹³².

111. La legislación penal puede actuar como freno a la producción de situaciones como las descritas. En concreto, a la vista de esta legislación, cabe sostener que la presentación en el Registro Mercantil de una certificación del acta de una junta que no ha llegado a celebrarse, puede suponer un delito de falsedad de documento mercantil, tipificado en los artículos 390 y 392 del Código Penal. De conformidad con estos preceptos, es culpable de este delito (y se le aplicarán penas de prisión de 6 meses a tres años y multas de 6 a 12 meses) quien cometa alguna de las siguientes falsedades en documento público: 1º) modificar en un documento alguno de sus elementos o requisitos esenciales; 2º) simular un documento de modo que induzca a error sobre su autenticidad; 3º) suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuir a las que sí han participado manifestaciones distintas de las realizadas; 4º) y, por último, faltar a la verdad en la narración de los hechos. Según el Tribunal Supremo, el falseamiento del acta de una junta no consiste, como describe el supuesto 4º, en faltar a la verdad en alguno de los extremos del documento, sino que se trata de una auténtica simulación del documento, según el supuesto 2º, pues “no cabe confundir lo que es una simple alteración de la verdad en un documento existente o que responde a una operación real cuyos datos se falsean, con la simulación consistente en la completa creación *ex novo* de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad inexistente que se pretende simular, pues verdaderamente no existe en modo alguno. En otras palabras, una cosa es que la mentira sea el documento inauténtico y otra muy distinta que la mentira sea lo declarado en un documento auténtico”¹³³.

XI. Consideraciones finales

112. Todo lo hasta aquí expuesto permite concluir que, pese a que aparentemente pudiera parecer otra cosa, el Derecho de sociedades español sobre adopción de acuerdos sociales encuentra encaje en una clara tendencia de Derecho comparado flexibilizadora de los procesos de formación de la voluntad social. A favor de esta conclusión hay que invocar, por un lado, la debilidad de los argumentos utilizados por un sector de la comunidad jurídica española para negar a estas sociedades la facultad de adoptar acuerdos por escrito y sin sesión, pues ninguno de ellos posee la contundencia necesaria para hacer inviable este mecanismo de expresión de la voluntad colectiva. Y es que, como ha tratado de explicarse más arriba, la admisión de esta vía flexible de adopción de acuerdos ni priva injustificadamente a los socios del derecho a deliberar, ni contradice ningún principio configurador del tipo social, ni carece de reconocimiento en nuestro Derecho. Además, el hecho de que un determinado supuesto no esté previsto de modo expreso por la ley no supone inexorablemente que esté prohibido. Obviar esta regla comporta importantes peligros para la interpretación jurídica de los que es necesario huir. En este sentido, ha de tenerse presente la máxima de KELSEN para el Derecho privado, según la cual “lo que no está expresamente prohibido, está permitido” (*permissum videtur id omne quod non prohibitum*).

¹³² J. ALFARO, Juntas universales fingidas”, disponible en <https://derecho mercantilespana.blogspot.com>; más información de este mismo autor en: “Para la Habana me voy: las juntas clandestinas, el abuso de derecho, la buena fe y el orden público”, disponible en <https://almacenederecho.org>; “10 años de falsas juntas universales”, disponible en <https://derecho mercantilespana.blogspot.com> (fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2022).

¹³³ Sentencia del Tribunal Supremo 692/2008, de 4 de noviembre.

113. En estrecha conexión con lo último señalado, no parece erróneo sostener que, desde la promulgación de la Ley de Sociedades Limitadas de 1995 hasta el momento presente, existe en nuestro ordenamiento un reconocimiento implícito u oculto de este mecanismo de adopción de acuerdos. A esta idea conduce, por una parte, la inexistencia de norma alguna que lo prohíba, o de intereses legítimos que justifiquen restringir la autonomía de la voluntad en este ámbito. Además, en la misma dirección se sitúa el reconocimiento legal expreso de la junta universal, que permite a los socios adoptar acuerdos sin cumplir las exigencias de celebración de las juntas, así como la posible aplicación analógica a esta materia de la regla que prevé adoptar acuerdos por escrito y sin sesión en el seno de los consejos de administración de las sociedades anónimas. A lo que ha de añadirse, también, el artículo 100.1 del vigente Reglamento del Registro Mercantil, toda vez que en él se realiza un reconocimiento legal explícito de la posibilidad de adoptar acuerdos por escrito y sin sesión. Y ello sin que quepa alegar que la referida norma reglamentaria carece de validez por infringir la ley, pues no hay aquí contravención de ley alguna, en la medida en que el texto regulador de las sociedades de capital no prohíbe el procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, sino que se limita a no admitirlo (ni regularlo) de modo expreso.

114. La conclusión precedente es corroborada por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que ha admitido expresamente, para las sociedades limitadas, la adopción de acuerdos por escrito y al margen de la celebración de una junta o asamblea de socios. Cierto es que el Centro directivo realiza una interpretación excesivamente restrictiva del recurso a este procedimiento flexible de formación de la voluntad social, al exigir para que sea viable que esté expresamente previsto en los estatutos y que exista unanimidad de los socios en su utilización. A mi juicio, la Dirección General no acierta cuando requiere la existencia de una expresa previsión estatutaria habilitante. Y lo mismo puede afirmarse de la Propuesta de Código Mercantil, que opta por establecer ese mismo requisito. Según mi forma de entender este asunto, la viabilidad de la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión requeriría en el Derecho vigente que los estatutos no impidieran recurrir a dicha vía de formación de la voluntad colectiva y que la totalidad de los socios (incluidos los privados del derecho de voto) estuviesen conformes en su utilización.

115. Ahora bien, una cosa es que existan argumentos en nuestra legislación societaria favorables a admitir la adopción de acuerdos sociales por escrito y sin sesión, y otra muy distinta que la situación legal actual sea la ideal. En mi opinión, desde una perspectiva de *lege ferenda*, sería conveniente legislar en la dirección de diferenciar las sociedades abiertas de las cerradas y prever expresamente para estas últimas la posibilidad de formar su voluntad social de forma más flexible y, en concreto —en lo que aquí interesa—, a través del mecanismo analizado en estas páginas. Bien entendido que, desde mi punto de vista, la regulación de esta materia habría de ser parca o escueta, a fin de conceder libertad a los socios para fijar los pormenores del procedimiento a seguir. Algo similar a lo que hizo la derogada Ley de Sociedades Limitadas de 1953 (artículos 14 y 15), o a lo que hace actualmente (y desde 1991) el artículo 10, apdo. 1, de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico. En particular, este último precepto se limita a disponer que los acuerdos “podrán adoptarse en asamblea de socios, por correspondencia o por cualquier otro medio que permita tener constancia escrita de la consulta y del voto emitido por los socios”.

116. Una disposición similar a la que acaba de transcribirse contribuiría a la seguridad jurídica, despejando cualquier duda acerca de que en las sociedades cerradas la voluntad social no ha de formarse necesariamente a través de la celebración de una junta o asamblea. Además, permitiría a los socios, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, insertar en los estatutos sociales previsiones relativas al mecanismo de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión. Estarían así legitimados para reemplazar la exigencia de consentimiento unánime de la base social (que es la regla que ha de aplicarse en ausencia de previsión estatutaria que prohíba tomar decisiones por escrito y sin sesión) por aquella otra que consideren más conveniente y apropiada para su sociedad. El resultado no sería otro que la flexibilización, hasta donde consideren oportuno, de los procesos de toma de decisiones en el seno de su compañía. Como hemos podido comprobar *supra*, esta solución legislativa no es desconocida en el Derecho

comparado. Paradigmático es el Derecho alemán que, al contar con una regulación dispositiva de esta materia, faculta a los socios a fijar en los estatutos procedimientos de adopción de acuerdos carentes de formalidad alguna.

117. En el supuesto de que se descartara la opción de política legislativa descrita, inspirada en las ideas de parquedad normativa y autonomía estatutaria, y se optase por ofrecer una regulación legal más prolija del procedimiento de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión, considero que dicha regulación habría de tener carácter dispositivo (a semejanza de lo que acontece, por ejemplo —como acabo de recordar—, en el Derecho alemán). De este modo los socios estarían facultados para reemplazar las reglas legales por aquellas otras que en cada caso considerasen más apropiadas para su sociedad. Junto a otros argumentos, la heterogeneidad de las sociedades cerradas es un dato a tener en cuenta para descartar la conveniencia de una regulación legal imperativa en este ámbito. Sobre todo, porque muy probablemente la normativa que al respecto dictara el legislador difícilmente se adecuaría a las necesidades de cada una de dichas sociedades. En las sociedades cerradas (sobre las que giran estas reflexiones) el Derecho dispositivo posibilita, en líneas generales, el funcionamiento de los instrumentos de control de los posibles abusos entre particulares que dimanen de la libertad contractual. Y es claro que cuanto mayor sea el número de normas imperativas, menor será el espacio o ámbito de actuación conferido a los particulares para que puedan organizarse del modo que estimen más oportuno para sus intereses.

118. En todo caso, abogar (de *lege data* y de *lege ferenda*) por no reconocer a la junta de socios la condición de única vía para la adopción de acuerdos en las sociedades cerradas, no impide considerar que se trata de un procedimiento *conveniente* para la formación de la voluntad colectiva. Así lo subraya la Guía de buenas prácticas de las sociedades *por quotas* portuguesa, de cuyo estudio trae causa este trabajo. En concreto, dicha Guía recomienda que, siempre que sea posible, los socios adopten sus acuerdos en asamblea general (convocada o universal), aprovechando las virtudes de la colegialidad. Ahora bien, las recomendaciones son meros consejos que pueden cumplirse o no. Y tratándose de sociedades cerradas integradas por un reducido número de socios, prescindir de la junta no ha de significar inexorablemente la renuncia a una deliberación previa sobre los asuntos a adoptar. Aunque no se celebre junta alguna (ni presencial ni virtual), las nuevas tecnologías ofrecen a los socios la posibilidad de contactar entre sí y contrastar sus distintos pareceres previamente a la emisión de sus votos. Por consiguiente, son los propios socios (y no la doctrina ni el legislador) quienes están en mejores condiciones para determinar en cada caso si la junta es o no el mecanismo más *conveniente* para la formación de la voluntad social. En esto, como en tantas otras materias de las sociedades cerradas, es necesario huir del *perjuicio paternalista* (PAZ-ARES), conducente a desconfiar del principio *volenti non fit iniuria* y a presuponer que los acuerdos a los que llegan los socios no suelen conducir a soluciones equilibradas¹³⁴.

¹³⁴ C. PAZ-ARES, “¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho...”, *cit.*, pp. 180 y ss. Es cierto que el reconocimiento de un amplio papel a la autonomía de la voluntad de los socios, mediante una clara apuesta por la flexibilización de los procesos de adopción de acuerdos como la que aquí se propone para las sociedades cerradas, quizá provoque un mayor número de conflictos jurídicos que, finalmente, terminarán dilucidándose ante los tribunales de justicia, pues un sistema de amplia autonomía y libertad se muestra siempre más propicio a actuaciones oportunistas. Pero, como señala PAZ-ARES en el trabajo precitado, “esto no debe ser motivo de inquietud o preocupación” por dos razones principales: “De una parte, porque la intervención notarial previa contiene la litigiosidad más banal y, de otra, porque el nivel óptimo de litigiosidad no es el nivel cero. Desde el punto de vista privado, la litigación es en muchos casos un mecanismo de regulación mejor que la previsión legal o contractual anticipada” (págs. 178 y 179).

Los negocios internacionales de electricidad. El *mixti fori* de lo público y lo privado

International businesses of electricity. The *mixti fori* of the public and private

LIDIA MORENO BLESÁ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad Complutense de Madrid*

Recibido:15.11.2022 / Aceptado:22.12.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7556

Resumen: El sistema energético mundial se encuentra sometido a una enorme perturbación como consecuencia de la agresión militar de Rusia contra Ucrania. Para la Unión Europea ha supuesto un aumento considerable de los precios del gas, por la gran dependencia que tiene de las importaciones de esta materia prima procedentes del territorio invasor. Como consecuencia, la electricidad también ha experimentado un aumento de los precios alarmante por su condición de energía derivada que puede ser obtenida de las fuentes primarias como el gas. Esta situación ha provocado que se tenga que pagar más por los bienes y servicios, ya que la energía resulta necesaria para cualquier actividad humana. Por lo tanto, se comprende la importancia que tiene en estos momentos asegurar el suministro y reducir la inflación. Para que las transacciones no se vean afectadas, se presta atención a la aplicación de las normas del comercio internacional, así como al *pactum de lege utenda* en los contratos de electricidad. El objetivo es ofrecer una visión panorámica del funcionamiento de las normas de Derecho internacional privado en este particular sector de la actividad económica sin que se pierdan de vista las peculiaridades que gobiernan el uso de electricidad y que condicionan cualquier actuación en materia de intercambios.

Palabras clave: el comercio de electricidad, los contratos internacionales, las normas de la OMC y el *pactum de lege utenda*.

Abstract: The world energy system is unstable because of Russia's military aggression against Ukraine. For the European Union, it has meant a considerable increase in gas prices, due to its great dependence on imports of this raw material from the invading territory. Therefore, electricity has also suffered an alarming increase in prices, due to its status as derived energy that can be obtained from primary sources such as gas. This situation has caused that price of goods and services also increased, since energy is necessary for any human activity. Ensuring supply and reducing inflation is important now. The application of international trade regulations is considered, as well as the *pactum de lege utenda* in electricity contracts. The objective is to offer an overview of the rules of private international law in this sector of economic activity and learn about the peculiarities that govern the use of electricity.

Keywords: electricity trade, international contracts, WTO rules, *pactum de lege utenda*.

* Este trabajo se incluye en el marco del Proyecto de Investigación: El Derecho del Comercio Internacional en la era de la economía digital y las guerras comerciales. PID2020-113968RB-I00.

Sumario: I. Introducción. II. El comercio de la electricidad. 1. La liberalización de los intercambios eléctricos. 2. La naturaleza jurídica de la electricidad: ¿mercancía o servicio? III. El pactum de lege utenda en los contratos de electricidad. 1. Los Acuerdos de la OMC y el Tratado sobre la Carta de la Energía. 2. El Derecho aplicable a los contratos de electricidad. IV. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. En la actualidad, el mercado energético, tanto a nivel global, como a nivel regional en Europa, se encuentra afectado por una gran volatilidad de los precios. En concreto, la invasión rusa en Ucrania ha provocado una subida del precio del gas sin precedentes, por la gran dependencia que tiene la Unión Europea (UE) de esta materia prima procedente de esta parte del mundo. Esta situación ha provocado un efecto dominó, ya que el gas no solo se utiliza como energía primaria, sino también para la producción de electricidad. Además, la energía resulta necesaria para la producción de bienes y la prestación de servicios, por lo que también han sufrido un aumento de precios considerable. Hasta tal punto se han producido vaivenes en este sector económico que la Comisaria de energía, Kadri Simson, ha manifestado lo siguiente: <los mercados de la energía mundiales y europeos atraviesan tiempos turbulentos, especialmente desde la invasión rusa de Ucrania...>¹.

2. En el caso de España, se ha propuesto a la UE una excepción ibérica, tanto para nuestro país como para Portugal. Se trataría de que ambos países fueran considerados una isla energética, para que se pudiera establecer un precio de referencia del gas y que no se trasladara a los consumidores finales, ya bien sean personas físicas o jurídicas. La particular posición de estos dos países se traduce en una escasa interconexión energética con el resto de Europa, calculada en aproximadamente un 2%. De tal forma que cualquier alteración que se produzca dificulta o prácticamente hace imposible buscar alternativas para compensarla. Como consecuencia, la Comisión Europea ha aprobado, en virtud de las normas sobre ayudas estatales de la UE, una medida española² y portuguesa³ por valor de 8.400 millones de euros destinada a reducir los precios mayoristas de la electricidad en el mercado ibérico (MIBEL)⁴. Este último significa la creación de un único mercado de la electricidad, que supone la integración económica de los mercados eléctricos español y portugués⁵. Su establecimiento quedó refrendado por el Convenio firmado en Santiago de Compostela, el 1 de octubre de 2004⁶, que ha sido revisado por el Convenio hecho en Braga el 18 de enero de 2008⁷. Se trata de una normativa internacional que armoniza las condiciones entre los dos sistemas eléctricos ibéricos, por el que se garantiza el acceso de todos los interesados en condiciones de igualdad, transparencia y objetividad.

3. La situación descrita permite comprender el escaso margen de maniobra de MIBEL, lo que ha dado lugar a que se consideren compatibles con el artículo 107, apartado 3, letra b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) las ayudas otorgadas⁸. La Comisión ha sido la encargada de evaluar la medida con arreglo a las normas de la UE, para lo que ha concluido que se ajusta a los requisitos exigidos de legalidad. De entrada, se ha constatado una perturbación especialmente grave de las

¹ *Vid.*, Comunicado de prensa: “La Comisión propone una serie de opciones para paliar los efectos de los elevados precios de la energía con compras conjuntas de gas y unas obligaciones mínimas de almacenamiento de gas”, Bruselas, 23 de marzo de 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_1936 (fecha de consulta: 2 de enero de 2023).

² Real Decreto-ley 10/2022, de 13 de mayo, por el que se establece con carácter temporal un mecanismo de ajuste de costes de producción para la reducción del precio de la electricidad en el mercado mayorista. BOE núm. 115, de 14/05/2022.

³ Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio. Diário da República n.º 93-A/2022, Série I de 2022-05-14, páginas 2 – 8.

⁴ DOUE C 253 de 1 de julio de 2022.

⁵ J. SALMADOR SEGURA, “La energía eléctrica: producción, transporte y distribución”, en M. SANTOS RECH Y F. CAMEO BEL (Coords.), *Derecho de la Energía*, La Ley, 2006, p. 332.

⁶ BOE núm. 121, de 22 de mayo de 2006, páginas 19208 a 19212.

⁷ BOE núm. 298, de 11 de diciembre de 2009, páginas 104682 a 104686.

⁸ C(2022) 3942 final, “State Aid SA. 102454 (2022/N) – Spain and SA.102569 (2022/N) – Portugal – Production cost adjustment mechanism for the reduction of the electricity wholesale price in the Iberian market”, Brussels, 8.6.2022.

economías española y portuguesa, lo que deriva de las circunstancias particulares del mercado mayorista ibérico de la electricidad. En concreto, se aprecia una limitada capacidad de interconexión de la Península Ibérica, una elevada exposición de los consumidores a los precios mayoristas de la electricidad y una fuerte influencia del gas en la fijación de los precios de la electricidad. También se ha considerado adecuada, necesaria y proporcionada la ayuda concedida, por lo que no se han advertido contradicciones con los parámetros normativos requeridos. La adecuación se ha constatado por su contribución a la bajada de los precios mayoristas de la electricidad en favor de los consumidores y sin afectar a las condiciones comerciales en forma contraria al interés común. Por su parte, la necesidad se ha justificado en atención a la poca probabilidad a corto o medio plazo de que las fuerzas del mercado resuelvan la situación actual de precios de la energía excepcionalmente altos. En relación con la proporcionalidad de la ayuda concedida, se ha vinculado con la idea de considerarse que reduce al mínimo las consiguientes distorsiones de la competencia. Todo ello, además, basado en el carácter estrictamente temporal de la medida, ya que solo se aplicará hasta el 31 de mayo de 2023.

4. No cabe duda del activismo de la UE en materia de energía y, más aún en la actualidad, de su compromiso con la situación provocada por el gas. Además de las medidas adoptadas coyunturalmente para compensar los descalabros energéticos provocados por la agresión militar de Rusia contra Ucrania, también se han conseguido acuerdos para eliminar gradualmente la dependencia de Europa de las importaciones de energía rusas. Para ilustrar esto último, se puede hacer referencia al Plan REPowerEU⁹, que trata de reducir la dependencia excesiva de la UE de las importaciones de combustibles fósiles rusos, esto es, gas, petróleo y carbón, acelerando la transición hacia una energía limpia. Para lograrlo se deben unir fuerzas para conseguir un sistema energético más resiliente y una verdadera Unión de la Energía. En concreto, se presta atención a una serie de medidas para ahorrar energía, diversificar los suministros, sustituir rápidamente los combustibles fósiles acelerando la transición hacia una energía limpia en Europa y combinar de forma inteligente inversiones así como reformas. En el caso de los combustibles fósiles y la transición hacia una energía limpia, se apuesta por la aceleración y expansión masivas de las energías renovables en la generación de electricidad, la industria, los edificios y el transporte, para conseguir la eliminación progresiva de los combustibles fósiles rusos. Además, la promoción de las energías limpias en detrimento de las contaminantes reducirá, con el paso del tiempo, los precios de la electricidad y las importaciones de combustibles fósiles. En suma, una Europa más segura, barata y limpia desde la óptica del aprovisionamiento energético.

5. En definitiva, resulta evidente que el mercado energético está pasando por una etapa muy convulsa, lo que tampoco parece que se ha conseguido mitigar por la pertenencia de la UE, Rusia y Ucrania a la Organización Mundial del Comercio (OMC). Aunque se ha planteado la posibilidad de retirar al invasor la condición de nación más favorecida, lo que supondría un aumento considerable de aranceles para Rusia, parece que en materia energética todavía no hay un consenso mundial para un tratamiento jurídico global. Es por ello que, en la UE, los contratos internacionales de electricidad se gobiernan por sus propias normas, aunque no puedan desconocerse las que a nivel mundial disciplinan el comercio. Se produce una coexistencia de técnicas de reglamentación que debe conducir a la determinación del ordenamiento aplicable. En esta labor resultan indispensables tanto las normas directas como las de conflicto, ya que estas últimas se pueden ver preteridas por las primeras tanto *ex ante* como *ex post*, en función de la relación que establezcan entre sí los diferentes instrumentos jurídicos existentes en materia de electricidad.

6. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado (DIPr) son las relaciones jurídicas con elemento extranjero las que se tienen en cuenta en este momento. Se trata de actuaciones que requieren de un tratamiento diferenciado por la internacionalidad presente en las mismas. La normativa que las gobierna se aplica cuando el asunto presenta conexiones con varios ordenamientos jurídicos con

⁹ COM (2022) 230 final, Bruselas, 18.5.2022.

independencia de la posición que ocupen los intervinientes en estos casos¹⁰. Se podría equiparar al *ius gentium* romano, en tanto que considerado un Derecho positivo que se había ido formando como consecuencia de la expansión de las relaciones comerciales romanas y que amparaba las relaciones jurídicas trabadas entre gentes que no gozaban de la ciudadanía romana¹¹. En definitiva, es la heterogeneidad normativa generada por la vinculación de algún componente del supuesto con otro sistema la que provoca el recurso a esta rama del ordenamiento¹², al margen de que esto se produzca dentro de los límites territoriales de un Estado.

7. Por lo tanto, podrían identificarse tres presupuestos del Derecho internacional privado, siendo el primero la existencia de relaciones caracterizadas por la presencia de un elemento de extranjería. En segundo lugar, el mencionado elemento extranjero cobra sentido por la pluralidad de sociedades o comunidades políticas. Sin que pueda perderse de vista, en tercer lugar, la existencia de soluciones contradictorias entre las diferentes reglamentaciones, lo que provoca la necesidad de respuestas coordinadas e incluso uniformes¹³. Se produce, por tanto, una particular categoría de supuestos, los denominados de tráfico jurídico externo, que surgen de la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos diversos, unida a una actividad de las personas más allá del ámbito de aplicación de uno solo de tales ordenamientos¹⁴. Para lo que resulta indiferente dónde aparezca situado jurídicamente el sujeto, ya que lo importante es su vinculación con más de un ordenamiento y la necesidad de ofrecer en cada caso la solución más justa.

II. El comercio de la electricidad

8. En el contexto de la UE, la electricidad representa una parte completa y vital dentro del balance energético de la Organización Internacional. Su uso contribuye de manera importante a la productividad industrial y la calidad de vida. Además, la electricidad es el principal vector de contribución al uso de las energías primarias como el carbón, el petróleo, el gas natural, la nuclear y las renovables (hidráulica, solar y eólica, fundamentalmente)¹⁵. Sin embargo, la industria eléctrica tradicional ha sido monopolista y nacionalista, contraria a la competencia interior, al libre acceso a las redes y a la libertad de circulación¹⁶. Esta situación descrita se ha debido a los condicionamientos específicos que afectan a dicho sector. Así, por un lado estarían los que podríamos denominar físicos, es decir, aquellos derivados de las propias peculiaridades del sector. Por otro lado, se podrían encontrar los que cabría catalogar de estructurales. Se trata, en este último caso, de los originados por la diversidad de formas que adoptan las empresas eléctricas en los diferentes Estados miembros.

¹⁰ C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *Proyecto Docente e Investigador presentado a la prueba de Habilitación Nacional que faculta para concurrir a concursos de acceso al cuerpo de profesores titulares de Universidad (código 2/155/0104), convocada por Resolución de la Secretaría General de Coordinación Universitaria de 5 de marzo de 2004 (BOE NÚM. 78 de 31 de marzo)*, fundamentalmente páginas 15 a 38.

¹¹ Incluso se caracterizaba, en lo formal, por su gran sencillez y en su orientación de fondo, por el respeto a la voluntad de las partes y la *aequitas* como criterio inspirador. Vid., J. ARIAS RAMOS Y J.A. ARIAS BONET, *Derecho Romano I. Parte general. Derechos reales*, 18.ª edición, EDESA, 1986, p. 41.

¹² Por eso, cada vez que una situación o relación incluya en su economía interna elementos vinculados con órdenes jurídicos diferentes se suscita la duda en la que se funda la existencia del Derecho internacional privado, tal y como señala J.M. ESPINAR VICENTE, *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Civitas, 1997, p. 61.

¹³ A. ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, *Derecho internacional privado español y Derecho comunitario europeo*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 1988, pp. 34 y 35. Se añade, además, que la autonomía del Derecho internacional privado quedaría así justificada por su contribución al establecimiento de respuestas adecuadas ante la diversidad de ordenamientos y de soluciones nacionales, que pueden ser de carácter directo o indirecto.

¹⁴ E. PÉREZ VERA, "El Derecho internacional privado", en M. GUZMÁN ZAPATER, *Lecciones de Derecho internacional privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 36.

¹⁵ Aunque también el gas presenta similitudes con el sector eléctrico, el mayor peso específico de este último, basado en una fuente de energía derivada que puede ser obtenida de una variada gama de recursos energéticos primarios, concentra especialmente nuestra atención.

¹⁶ Vid. G. ARIÑO ORTIZ, "El mercado interior de la electricidad en Europa. Estado de la cuestión y tendencias en el umbral de 1995", *Noticias de la UE*, n.º 125, junio de 1995, p. 14.

9. Dentro de los condicionamientos físicos, podríamos empezar por señalar los tres momentos que integran necesariamente la actividad del sector eléctrico¹⁷. Así, en una primera fase aparece la producción de electricidad a partir de las fuentes de energía primaria, que sigue con la fase de transporte a través de las grandes redes y finaliza con la distribución o suministro a los consumidores. Ahora bien, el transporte por las redes desempeña una función substancial en el correcto funcionamiento del ciclo eléctrico. La electricidad, a diferencia de otros bienes, no puede ser almacenada por el usuario, por lo que la oferta y la demanda tienen que mantener constantemente una correspondencia equilibrada para asegurar el abastecimiento. De tal forma que, en esta labor de ajuste, el transporte de electricidad se convierte en un elemento indispensable, al poner en relación tanto la oferta de electricidad producida como la distribución demandada.

10. Además, la necesidad de coordinar la producción y el consumo de electricidad sin interrupción exige garantizar unos niveles aceptables de fiabilidad y suministro seguro. Esto último, unido al peculiar sistema de transporte empleado en este sector (cables eléctricos, también conocidos como “redes de distribución”) permite calificar esta fase de monopolio natural con intervención del estado¹⁸. Al respecto, se entiende que se origina un monopolio natural, cuando el coste de producción de una empresa individual para producir una cantidad determinada es inferior al que obtendrían varias empresas para producir la misma cantidad¹⁹. En definitiva, ciertas actividades económicas (v.g. las relativas al sector eléctrico), por su propia naturaleza, suelen ser explotadas bajo forma de monopolio. Esta solución parece justificada por las economías de escala que procura un solo operador a nivel nacional²⁰. Es más, las propias peculiaridades del sector eléctrico han conducido a su inserción dentro de la noción de “monopolio natural”, calificado así porque la falta de competencia se debe, en principio, a causas naturales, siendo inimaginable que la concurrencia de otras empresas mejorara la eficiencia de la industria²¹.

11. Asimismo, la electricidad puede ser catalogada como un bien público, esto es, como un bien caracterizado por ser no exclusivo (por ejemplo, el alumbrado público que beneficia a todos con independencia de quien lo pague) o no divisible (por ejemplo, el uso de una biblioteca pública por un individuo que no restringe o impide el uso por otros). Por consiguiente, los bienes públicos pueden ser considerados como necesarios porque son esenciales para el bienestar de la sociedad. Pero surge un problema ya que, debido a la naturaleza de estos bienes, el libre mercado es incapaz de suministrarlos. La causa principal se encuentra en la existencia de las externalidades, es decir, en el hecho de que los particulares no estarán incentivados en invertir en un bien cuyo coste sólo pagan ellos, mientras que los

¹⁷ En este sentido se manifiesta J.M. DÍAZ LEMA, *Sector energético: política y derecho*, Serie ensayos - 6, Palma de Mallorca, 1984, p. 39, que puntualiza, además, lo siguiente: “Tradicionalmente, doctrina y jurisprudencia han acogido la tesis de que era necesario distinguir dentro de la actividad del sector eléctrico tres momentos...”. Por su parte, también J. SALAS HERNÁNDEZ, *Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977, reconoce la existencia de tres fases en todo el conjunto del ciclo eléctrico. Mientras que R. MARTÍN MATEO, *Derecho público de la economía*, Editorial CEURA, 1985, p. 146, considera que el sistema eléctrico abarca hasta cuatro segmentos: producción, transporte, distribución y suministro. Además, I. ORTEGA JACKSON, “Modelos de organización de la industria eléctrica”, *Información Comercial Española*, nº 723, noviembre 1993, p. 51, sostiene que un sistema eléctrico se compone de cuatro fases de muy distintas características en cuanto a su consideración económica. Así, mientras que la producción admite la introducción de un cierto grado de competencia, los sistemas de transporte y distribución presentan rasgos de monopolio natural, en tanto que la comercialización del producto eléctrico se presta a la libre concurrencia de agentes.

¹⁸ M. JACCARD, “Oscillating currents. The changing rationale for government intervention in the electricity industry”, *Energy Policy*, vol. 23, nº 7, 1995, p. 580. Además, según este autor, en el sector eléctrico se puede constatar que duplicar los sistemas de distribución a través de empresas competitivas supone unos costes mucho más altos; así como también unas plantas amplias de generación acaban por tener unos costes de producción más bajos que las pequeñas unidades. Por consiguiente, en un sector de este tipo, el resultado óptimo se obtiene cuando el monopolio está permitido, a pesar de tener que estar controlado por alguna forma de intervención estatal con el fin de asegurar una gestión eficiente aunque se renuncie a la obtención de un mayor beneficio.

¹⁹ E. ÁLVAREZ PELEGRY, *Economía industrial del sector eléctrico: estructura y regulación*, Civitas, Madrid, 1997, p. 43.

²⁰ V. HATZOPOULOS, “L’<Open network provisions> (ONP) moyen de la dérégulation”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 30 (1) janv.-mars 1994, p.63.

²¹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y J.M.^a NEBOT LOZANO, “La libre circulación de la energía eléctrica en la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, nº 4639, miércoles, 30 de septiembre de 1998, p. 1.

beneficios favorecen a un núcleo más amplio de la sociedad. En tales circunstancias, la intervención estatal es el único medio de asegurar la provisión de estos bienes²². Todo lo cual, crea un obstáculo muy importante para que el sector eléctrico pueda gestionarse en completa libertad, esto es, sin interferencias gubernamentales que dificulten el comercio transfronterizo de electricidad.

12. Por su parte, los condicionamientos estructurales resultan de la variedad de tipos de organización empresarial que existen en el panorama eléctrico. Un primer dato característico de la industria eléctrica en Europa es la elevada concentración en los mercados nacionales. Lo que en el pasado eran industrias eléctricas basadas en un modelo cerrado con derechos de exclusiva²³, en la actualidad se han transformado en estructuras empresariales sustentadas en oligopolios²⁴. Además, en la mayor parte de los casos se produce una considerable integración vertical y se constata una presencia elevada de titularidad pública en el capital de las empresas. Esto último, por ejemplo, genera una importante asimetría entre las privatizadas y las que presentan un volumen significativo de capital público²⁵. En virtud de esa asimetría, se identifican mercados más exigentes o competitivos, frente a otros con una menor disciplina y pocas restricciones. En este segundo caso, se obtienen mayores ventajas que los supuestos donde hay una mayor supervisión y exigencia²⁶. Todo lo cual introduce una gran diversidad, por el diferente grado de intervencionismo que el Estado puede llegar a ejercer sobre el sector.

13. A su vez, la circunstancia relativa a los distintos tipos de organización empresarial existentes, también acaba siendo un obstáculo a la consecución de un mercado eléctrico libre de toda interferencia. Desde países que mantienen la estructura precedente, donde una única empresa controla la mayor parte de las fases del ciclo eléctrico, como Portugal o Grecia, hasta los que muestran una situación más descentralizada, como Italia. También hay situaciones intermedias, donde predomina un grupo de empresas privadas que mantienen el control vertical del ciclo eléctrico, tal y como ocurre en Alemania, España, Holanda y Luxemburgo²⁷. En definitiva, poca homogeneidad que es susceptible de establecer trabas al comercio transfronterizo intracomunitario -por ende, también con terceros Estados- y comprometer las operaciones de intercambio en el sector eléctrico.

1. La liberalización de los intercambios eléctricos

14. Con los datos esgrimidos en el epígrafe anterior, se puede comprender que el mercado eléctrico permanece muy compartimentado, impidiendo el desarrollo normal de las operaciones de intercambio. Por lo tanto, se ha considerado imprescindible proceder a su reestructuración, mediante el establecimiento de medidas legislativas y la aplicación del Derecho de la Unión. En estas dos tareas,

²² B. MITTRA, N. LUCAS & I. FELS, "European energy: balancing markets and policy", *Energy Policy*, vol. 23, nº 8, 1995, p. 690.

²³ G. ARIÑO ORTIZ Y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, "Regulación del sector de la energía", en Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, Comares, Granada, 1999, p. 607.

²⁴ E. PALAZUELOS MANSO Y M.J. VARA MIRANDA, "Las reformas liberalizadoras en el sector energético de la Unión Europea", *Revista de Economía Mundial*, 18, 2008, p. 429.

²⁵ L. LÓPEZ DE CASTRO, "Estructura empresarial de la industria eléctrica y gasista. Situación y tendencias", en Ariño y Asociados, *Energía en España y Desafío Europeo. Seguridad, concentración empresarial, competencia, regulación*, Comares, Granada, 2006, p. 69.

²⁶ J. DE LA CRUZ FERRER, "Las asimetrías reguladoras en el mercado interior de la energía", en Varios autores, *La nueva regulación eléctrica. VII Jornadas jurídicas del sector eléctrico*, Civitas, Madrid, 2002, p. 497.

²⁷ E. PALAZUELOS MANSO Y M.J. VARA MIRANDA, *op.cit.* nota 24, pp. 430 - 432. También el Reino Unido presenta una situación muy descentralizada, con cuotas de mercado diseminadas en todas las fases. Esta característica podría generar preocupación en las autoridades británicas ante la nueva etapa post Brexit. La inquietud estaría relacionada con la segmentación de actividades existente, a cargo de empresas de tamaño medio y pequeño, lo que sería susceptible de favorecer la penetración de grandes compañías extranjeras. De tal forma que la entrada de nuevos competidores sería susceptible de producirse con la adquisición de paquetes mayoritarios o de la totalidad de las empresas nacionales. Este escenario daría lugar a una dinámica concentradora que tendería a re-verticalizar las fases del ciclo eléctrico, pero ahora con mayor control extranjero.

conducentes a la total liberalización del sector eléctrico en la UE, participa activamente la Comisión. Así, las propuestas de medidas legislativas, en concreto directivas²⁸, ante el Consejo para abrir la producción, el transporte y la distribución de electricidad se han debido, sobre todo, a la actuación de la Comisión con arreglo al artículo 114 del TFUE. Aunque también la Comisión ha procedido a la aplicación de las normas del actual TFUE, a través de las decisiones en materia de competencia. Así mismo, se ha exigido por la Comisión ante el Tribunal de Luxemburgo el cumplimiento del Derecho de la UE vigente, en particular, de las normas sobre libre circulación de bienes y sobre competencia. Junto a ello, las instancias judiciales han tenido la ocasión de pronunciarse sobre la interpretación del Derecho de la UE, suministrando las pautas para la correcta apreciación del alcance que la liberalización del sector eléctrico ha de tener en el contexto de la actual Europa de los 27.

15. Por lo tanto, de la combinación adecuada del Derecho derivado y del recurso al actual TFUE se ha ido progresando en la integración del sector eléctrico. Se trata de eliminar los obstáculos existentes en el camino hacia la total liberalización del sector. Liberalización que tiene como objetivo una estructura plenamente concurrencial. Aunque un obstáculo evidente a este respecto podría originarse como consecuencia de la posición dominante de los operadores históricos sobre los mercados liberalizados (por ejemplo, porque posean una parte amplia del mercado o las infraestructuras de red o cualesquiera otros recursos esenciales). Además, su tendencia natural será la de abusar de esta posición dominante para evitar la entrada de nuevos competidores²⁹. Así, hace tiempo que se ha impuesto un enfoque basado en la desregulación y la privatización de las empresas eléctricas³⁰, en tanto en cuanto entra en quiebra la doctrina de los monopolios naturales³¹ y se postula la ideología de la liberalización³². Esto último consiste en la eliminación de todas las regulaciones prolijas y confusas y su sustitución por reglas escasas, de aplicación en espacios territoriales amplios y con los contenidos más claros³³. Igualmente, afecta a

²⁸ A este respecto, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 288 del TFUE, la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

²⁹ D. GERADIN, "L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau - analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation", *Cahiers de Droit Européen*, nº 1 - 2, 1999, p. 28.

³⁰ A este respecto, dicha tendencia se origina como consecuencia de los cambios económicos que se producen en el Reino Unido y en los Estados Unidos a finales de los años 70 y a comienzos de los 80, que se imponen internacionalmente y devienen los elementos de un movimiento que implanta un concepto de gestión pública aceptado de forma casi universal. Así pues, el papel esencial de los poderes públicos se pone en duda y, en su lugar, aparece un movimiento de desregulación y un retorno a las ideas de libre mercado. Además, desde un punto de vista conceptual, la diferenciación tradicional entre sector público y privado se hace menos evidente. En este sentido, *vid.* J. JOHNSTON Y G. CALLENDER, "Gouvernements vulnérables: disqualification inconsciente dans le nouveau modèle mondial économique et managérialiste?", *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 1/1997, p.47.

³¹ La doctrina de los monopolios naturales entra en quiebra por haberse opuesto al desarrollo de las empresas en algunos sectores económicos básicos; por el mínimo dinamismo de este tipo de monopolios en materia de innovación tecnológica; su escaso efecto de economía de escala, que no trasciende en reducciones efectivas de los costes; la mínima independencia entre las instancias de regulación y los operadores, que determina inmediatamente la aparición del fenómeno de la captura del regulador por el operador, etc. En este sentido, se manifiesta S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado: I. Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 18 y 19.

³² A este respecto, el valor libertad económica es el valor estrella. Siendo sus características principales las siguientes: liberalismo político y económico, privatizaciones, eficiencia, competitividad, crítica al igualitarismo, disminución de las redes de seguridad para el perdedor del mercado, enfoque empresarial y neoclasicismo económico. En este sentido, *vid.* L. GÁMIR, "Nuevos valores y el papel relativo del sector público", *Economía española, cultura y sociedad, Homenaje a Juan Velarde*, EUDEMA, Tomo II, 1992, pp. 50 y 51.

³³ En consecuencia, existe, parece ser, un consenso generalizado de que un mínimo de regulación es un componente necesario de los cambios actuales que se están produciendo en el sector eléctrico. De tal forma que habría regulación en todos los Estados miembros, con independencia de que estuviera formalizada o no. Así, en algunos Estados, un acuerdo contractual de planificación tendría una función cuasi-regulatoria; mientras que en otros, un control sobre los precios o las autoridades de la competencia jugarían un papel similar. *Vid.* F. MCGOWAN, "Electricity reform in the EC: Issues and consequences", *Energy Utilities*, November 1993, p. 35. La regulación se configura como el conjunto de reglas legales introducidas en la Unión Europea y en otros países, cuyo objetivo es incentivar la competencia en actividades que se caracterizan por la presencia de una red. Esto último se considera esencial para asegurar la conexión con los usuarios. Al mismo tiempo, produce ventajas importantes y condiciona el balance de la economía, por lo que se justifica la aplicación de unas reglas específicas. *Vid.* J.-P. TRAN THIET, "The regulation of networks and relations between industry and trade: a french perspective", *European Competition Law Review*, Issue 7, 1998, p. 474.

las posiciones jurídicas especiales de que han disfrutado las empresas públicas, sobre todo aquellas encargadas de la gestión de servicios públicos en los Estados europeos³⁴. En consecuencia, se asiste a un aperturismo del mercado, donde el comercio de electricidad deja de estar intervenido solo por el Estado y en el que hay espacio para la iniciativa privada.

2. La naturaleza jurídica de la electricidad: ¿mercancía o servicio?

16. La operaciones internacionales de electricidad podrían verse condicionadas por la consideración que cabría otorgar al objeto sobre el que versan las mismas. Se trata de dilucidar ahora si los intercambios transfronterizos recaen sobre una mercancía o un servicio. Con carácter previo, conviene señalar que por mercancías se entienden aquellas que pueden ser valoradas en dinero y objeto de transacciones comerciales³⁵. Como es posible apreciar se acoge una noción amplia de bienes, dentro de la cual podría estar incluida la electricidad, al satisfacer completamente los requisitos exigidos. No obstante, la consideración de la electricidad como mercancía no ha sido unánimemente acogida en todos los Estados miembros. Así, por lo que respecta a España, en la contestación dada por el Gobierno a una carta de emplazamiento que, en uso del artículo 169 del Tratado de Roma (actual artículo 258), dirigió la Comisión a distintos países durante el mes de agosto del año 1991, entre ellos a nuestro país, por la que se declaraba la incompatibilidad del régimen de monopolio estatal de carácter comercial en el ámbito de la electricidad con el Tratado CE (actual TFUE), se niega que la electricidad deba ser catalogada como mercancía a efectos del Derecho comunitario³⁶.

17. En concreto, el Ministro español alegó que la cuestión de si la energía eléctrica debía caracterizarse a efectos jurídicos como mercancía, como servicio o como un *tertium genus* era muy debatida y objeto de soluciones divergentes. Ello deriva de la extrema dificultad intelectual de clasificar el fenómeno físico de la energía eléctrica como un producto que pueda ser objeto de entrega, y eventualmente de entregas sucesivas hasta su consumo por el adquirente final. En efecto, la energía eléctrica no puede identificarse como producto en cada uno de los momentos ideales en que puede ser objeto de intercambio. Por el contrario, sólo es perceptible en sus efectos, esto es, en el momento de ser utilizada por el usuario final. La energía eléctrica se utiliza de modo inmediato en el mismo instante en que se genera, se transporta y se distribuye. En consecuencia, no es almacenable (a diferencia de las mercancías), de manera que el sistema eléctrico debe utilizar en todo momento la capacidad necesaria para atender instantáneamente la demanda. Por otra parte, entre los dos polos del circuito eléctrico (generación y consumo) tiene lugar una serie de actividades sin las cuales la interacción sería imposible, de manera que no cabe concebir la adquisición de la energía eléctrica en cuanto que supuesto producto sin la adquisición simultánea de los servicios que le son inseparables. En este sentido, el transporte de energía eléctrica cumple funciones de transformación, ya que, por razones técnicas, la electricidad generada en las centrales no es directamente utilizable por los usuarios finales³⁷.

18. Por consiguiente, de los datos anteriores cabría extraer la conclusión de que la electricidad estaría comprendida más bien en el concepto de servicio que en el de mercancía. Lo que, además, se podría desprender de la jurisprudencia comunitaria. Así, en la sentencia *Schindler*³⁸, que resolvió una cuestión prejudicial, el Juez nacional solicitó que se dilucidase si las loterías estaban comprendidas, al menos parcialmente, en el ámbito del artículo 30 del Tratado (actual artículo 34), en la medida en que

³⁴ S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado: I. Los fundamentos*, op.cit. nota 31, pp. 18 - 21.

³⁵ Sentencia de 10 de diciembre de 1968, asunto 7/68, *Commission of the European Communities c. Italian Republic*, EU:C:1968:51, p. 423, apartado 1, párrafo 5.

³⁶ Respuesta Oficial del Ministro de Industria español al Comisario de política de competencia e instituciones financieras, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, nº 4, 1991, pp. 27 y ss.

³⁷ *Ibidem*, pp. 34 y 35.

³⁸ Sentencia de 24 de marzo de 1994, asunto C-275/92, *Her Majesty's Customs and Excise c. Gerhart Schindler y Jörg Schindler*, EU:C:1994:119.

suponían el envío y la difusión, en grandes cantidades, de objetos materiales como cartas, prospectos publicitarios o billetes de lotería. Al respecto, el Tribunal de Justicia respondió de manera negativa, señalando que dichas actividades no eran modalidades concretas de organización o de funcionamiento de una lotería y, con arreglo al Tratado, no podían considerarse con independencia de la actividad de lotería a la que estaban vinculadas. La importación y la difusión de objetos no eran fines en sí mismos, sino que estaban destinados solamente a permitir la participación en la lotería de los habitantes de los Estados miembros en los que dichos objetos se importan y difunden. En consecuencia, las actividades de lotería no eran actividades relativas a mercancías, sino que debían considerarse actividades de servicios en el sentido del Tratado.

19. Por su parte, en la sentencia *ERT*³⁹, el Tribunal de Justicia recordó que las emisiones de mensajes televisados estaban comprendidas dentro de las reglas del Tratado relativas a las prestaciones de servicios y que un monopolio en materia de televisión, al ser un monopolio para la prestación de servicios, no era, de por sí, contrario al principio de la libre circulación de mercancías. Ahora bien, los intercambios relativos a toda clase de materiales, soportes de sonido, películas y otros productos utilizados para la difusión de mensajes televisados estaban sujetos a las normas relativas a la libre circulación de mercancías. En consecuencia, la concesión a una sola empresa de derechos exclusivos en materia de emisión de mensajes televisivos y la atribución a tal efecto de la facultad exclusiva de importar, alquilar o distribuir los materiales y productos necesarios para la difusión no constituía, de por sí, una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, en el sentido del artículo 30 del Tratado (actual artículo 34), salvo que se diera lugar, directa o indirectamente, a una discriminación entre productores nacionales y productos importados en perjuicio de estos últimos.

20. Así pues, de las sentencias *Schindler* y *ERT* se podría deducir que las actividades consistentes en la importación o exportación de una mercancía realizada con el único objetivo de prestar un determinado servicio quedan absorbidas por este último y, por esa razón, no entran en el ámbito de aplicación de las disposiciones sobre la libre circulación de mercancías. Lo que, además, sería predicable de la electricidad, ya que su importación y exportación constituyen meros actos de gestión de la red de que se trate, lo que conduce a que sólo pueden considerarse incluidos en el concepto de servicio. No obstante, el Abogado General, Sr. Georges Cosmas, en las sentencias de 23 de octubre de 1997⁴⁰, señaló que en Derecho comunitario -habida cuenta de que el concepto de servicio tiene, como directamente se desprende del artículo 60 del Tratado (actual artículo 57), carácter subsidiario con respecto al concepto de mercancía- la mediación de servicios sin cuya prestación no es posible el uso de un bien no basta para privar a éste del carácter de mercancía si, pese a todo, este bien es el objeto primero y principal perseguido por los contratantes. Por consiguiente, a pesar de las particularidades de la electricidad, esta forma de energía puede ser, y es en la práctica, objeto de transacciones comerciales, en el marco de las cuales los contratantes (como, por ejemplo, el distribuidor o el consumidor final) la consideran como un bien que no sólo conserva plenamente su autonomía con respecto a las diversas actividades necesarias para hacer posible, tras la producción, su transporte, distribución y consumo, sino que mantiene, respecto a esas actividades, una relación de principal a secundario.

21. Además, el Abogado General abordó en sus conclusiones la posibilidad de que las sentencias *Schindler* y *ERT* pudieran justificar que la importación y exportación de electricidad fueran actividades sujetas a las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios. Así, por lo que respecta a la primera sentencia, se establece que las diferencias entre la actividad a la que se refiere la sentencia *Schindler* y una actividad consistente en importar o exportar electricidad para su posterior distribución o

³⁹ Sentencia de 18 de junio de 1991, asunto C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE c. Dimotiki Etairia Pliroforissis y Sotirios Kouvelas*, EU:C:1991:254.

⁴⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. Georges Cosmas, presentadas el 26 de noviembre de 1996, asuntos C-157/94, C-158/94, C-159/94 y C-160/94, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de los Países Bajos, República Italiana, República Francesa y Reino de España*, en especial, apartados 12 - 17.

consumo son claras. En el marco de esta última actividad, el objetivo de la correspondiente transacción es la adquisición o transmisión de la electricidad sin que la autonomía de dicho objetivo (su carácter de fin en sí mismo) se vea afectada en lo más mínimo por el hecho de que, para su realización, el interesado deba probablemente convertirse en destinatario de unos servicios prestados a cambio de remuneración. Mientras que en el caso *ERT* se señala que en modo alguno puede considerarse que la apreciación, según la cual la facultad exclusiva de importación de mercancías que se concede para facilitar el ejercicio del derecho exclusivo de prestación del servicio, no constituye, de por sí, una medida de efecto equivalente, excluya *a priori* del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías la actividad de importación o exportación de una mercancía cuya adquisición o transmisión están vinculadas a la prestación de un servicio o, incluso, la presuponen, cuando, como sucede en el caso de la importación o exportación de electricidad, dicha adquisición o transmisión constituyen fines que conservan plenamente su autonomía con respecto al mencionado servicio.

22. Por consiguiente, la electricidad constituye una mercancía a efectos del Derecho de la UE y actividades como la importación o exportación de esta forma de energía están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones referentes a la libre circulación de mercancías. A este respecto, el Consejo de Estado español, en su Dictamen núm. 1.616/92, Sección 8ª, 21-01-93, estima que la configuración de la electricidad como servicio supondría una mayor complejidad técnica y una mayor dificultad argumental, que además no evitaría la posible aplicación de otras reglas del Tratado con efectos similares a los que se contemplan⁴¹. Lo que, además, han venido a corroborar, tanto la Nomenclatura Aduanera Comunitaria, donde la electricidad se considera una mercancía (código NC 27.16)⁴², como la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1994 en el caso *Almelo*⁴³, cuando expresamente señala que en Derecho comunitario, y también por otra parte en los Derechos nacionales, se acepta comúnmente que la electricidad constituye una mercancía. Tampoco la OMC ha permanecido al margen de esta polémica y se ha manifestado en idénticos términos, en el caso *Canadá-determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable/Canadá-medidas relativas al programa de tarifas reguladas*⁴⁴, resuelto por el Órgano de Apelación del Mecanismo de Solución de Diferencias. En concreto, se ha considerado que las adquisiciones gubernamentales de electricidad son compras de bienes por el gobierno en el sentido del artículo 1.1. a) 1) iii) del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC).

III. El *pactum de lege utenda* en los contratos de electricidad

23. La apertura del mercado energético presenta especiales dificultades en los sectores del gas y la electricidad, ya que al ser redes de distribución han disfrutado de una mayor protección nacional. Así, mientras que el resto de las energías presentan una estructura más competitiva, las dos anteriores están condicionadas por su sistema de transporte y distribución, que solo puede ser realizado a través de redes y en la mayoría de los casos dichas redes se encuentran en manos de monopolios o empresas con derechos exclusivos. Aunque también el gas presenta problemas relativos a la libre circulación en el mercado, se considera que la electricidad es la que tiene un mayor peso específico. Este protagonismo deriva de su catalogación como una fuente de energía derivada que puede ser obtenida de una variada gama de recursos energéticos primarios, entre ellos, los del gas⁴⁵. En cualquier caso, la relación entre ambas energías es di-

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO, “Sistema eléctrico, explotación unificada, Ley 49/1984, de 26 de diciembre”, *Recopilación de Doctrina Legal*, Año 1993, p. 1431.

⁴² DOCE nº C 212 A, de 23 de julio de 1999, p. 894.

⁴³ Sentencia de 27 de abril de 1994, asunto C-393/92, *Gemeente Almelo y otros c. Energiebedrijf Ijsselmij NV*, EU:C:1994:171, p. I-1477, apartado 28.

⁴⁴ WT/DS412/AB/R y WT/DS426/AB/R, de 6 de mayo de 2013, apartado 5.128, que se puede consultar en el siguiente enlace: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/DS/412ABR.pdf&Open=True> (fecha de consulta: 2 de enero de 2023).

⁴⁵ L. MORENO BLESA, *Derecho de la Unión Europea*, 1ª edición, Colex, 2002, p. 301.

rectamente proporcional, ya que los impactos que afecten a cualquiera de ellas, se van a traducir inmediatamente en consecuencias para la que le corresponda. Así, se comprende cómo el incremento del precio en el gas ruso ha elevado exponencialmente el de la electricidad, lo que también se ha reflejado en el de los bienes y servicios por la necesidad de energía para la realización de cualquier actividad humana.

24. Se entiende que la UE se haya preocupado de este trascendental ámbito de la actividad económica y haya adoptado, por un lado, el Reglamento (UE) 2019/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, relativo al mercado interior de la electricidad⁴⁶ y, por otro, la Directiva 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad⁴⁷. Mientras que el primero contiene normas fundamentalmente sobre el mercado mayorista y la explotación de la red, la segunda regula principalmente los mercados minoristas de electricidad. En ambos casos, se constata que, en la actualidad, el sector eléctrico está considerado un mercado donde las empresas se inclinan hacia la satisfacción de intereses económicos y en el que se tiende a la fijación de los precios según las leyes de la oferta y la demanda. Aunque, al mismo tiempo se comprueba la presencia de un alto componente público, lo que responde a la intervención del Estado en aras de garantizar la seguridad del suministro. El resultado es un *mixti fori* de lo público y lo privado en la regulación aplicable a las relaciones contractuales entre los operadores económicos⁴⁸. Para ilustrar aún más si cabe los condicionamientos que afectan en estos momentos a los intercambios de electricidad, se hará referencia, a continuación, a las normas de la OMC y al Derecho aplicable a los contratos en este particular sector.

1. Los Acuerdos de la OMC y el Tratado sobre la Carta de la Energía

25. Aunque se constata la inexistencia de una regulación específica en materia de energía en los Acuerdos de la OMC, resulta posible indicar que sus disposiciones se aplican a todas las formas de comercio y, por ende, también al de electricidad⁴⁹. La falta de atención de las normas que disciplinan el comercio internacional se puede achacar a que, en el momento de la negociación de las reglas del GATT, la demanda mundial de energía era una fracción de lo que representa hoy y, por lo tanto, también los precios jugaban un papel menos preponderante en el conjunto de la economía global⁵⁰. Tampoco la energía se trató como un sector separado en las negociaciones sobre los servicios que tuvieron lugar durante la Ronda Uruguay. En aquel momento, el mercado de la energía estaba controlado en gran medida por empresas estatales de servicios públicos cuyas operaciones abarcaban toda la cadena de actividades⁵¹. Sin embargo, la tendencia a la privatización y liberalización de los mercados energéticos nacionales iniciada en la década de 1990 ha aumentado la participación de operadores privados en el sector e introducido inestabilidad al sistema. Hasta tal punto se han desestabilizado los mercados, que la invasión Rusa de Ucrania y sus efectos perniciosos en los suministros de energía junto con el incremento exponencial de los precios han activado la alarma en la OMC sobre la necesidad de contar con un acuerdo sectorial de carácter integral en materia de energía. Incluso se ha planteado la posibilidad de utilizar el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) como modelo para elaborar ese otro de mayor calado en el contexto de las normas que disciplinan el comercio internacional a nivel mundial⁵².

⁴⁶ DOUE L 158/54 de 14.06.2019.

⁴⁷ DOUE L 158/125 de 14.06.2019.

⁴⁸ S. GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes. Privatización, liberalización, regulación pública y Derecho de la competencia*, Comares, Granada, 2001, pp. 297 y 322.

⁴⁹ T. COTTIER, G. MALUMFASHI, S. MATTEOTTI-BERKUTOVA, O. NARTOVA, J. DE SÉPIBUS AND S. Z. BIGDELI, "Energy in WTO Law and Policy", in T. COTTIER AND P. DELIMATSI (Eds.), *The prospects of international trade regulations: from fragmentation to coherence*, Cambridge University Press, 2011, p. 215.

⁵⁰ M.A. ADELMAN, "World Oil Production and Prices 1947-2000", *Quarterly Review of Economics and Finance*, 42, 2002, pp. 169 y 170.

⁵¹ OMC, *Servicios de energía*, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/energy_s/energy_s.htm (fecha de consulta: 2 de enero de 2023).

⁵² R. LEAL-ARCAS Y E. ÁLVAREZ ARMAS, "The climate-energy-trade nexus in EU external relations", in *EU Climate Diplomacy Politics, Law and Negotiations*, Routledge, 2018, pp. 153-168.

26. Por lo que respecta al Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), cabe indicar que sus orígenes más remotos se remontan a la desintegración de los regímenes comunistas de la Europa Central y del Este. Como consecuencia, el Primer Ministro holandés, Ruud Lubbers, propuso en el Consejo Europeo de Dublín, celebrado el 25 y 26 de junio de 1990, la creación de una red europea de la energía. En concreto, el memorándum presentado en Dublín por el Primer Ministro Lubbers, proponía aprovechar los aspectos complementarios que se daban entre la entonces Comunidad (actual UE), la URSS y los países de la Europa Central y del Este, mediante la creación de una Comunidad Europea de la Energía⁵³. Como consecuencia, todas las partes implicadas dispondrían de un nuevo marco que les permitiría aumentar los intercambios y reforzaría la estabilidad del conjunto del sistema energético. Para la mayoría de los países de Europa occidental, la creación de una Comunidad Europea de la energía ofrecía la oportunidad de asegurar flujos de energía a largo plazo procedentes de la antigua Unión Soviética. En particular, dentro de la UE la dependencia de las importaciones de gas estaba incrementándose y muchos Estados miembros se encontraban en una situación de dependencia elevada respecto de las importaciones petrolíferas de países no europeos. Por consiguiente, a la vista del aumento de la inestabilidad en el Oriente Medio después de la invasión de Kuwait y la intensidad de los conflictos entre el gobierno y los fundamentalistas islámicos en Argelia, la seguridad de los suministros futuros de petróleo y gas desde otras regiones se convierte en el objetivo fundamental de la UE y de muchos de sus Estados miembros⁵⁴.

27. Las negociaciones finalizaron en 1991 con la adopción de una Carta Europea de la Energía (CEE), que fue adoptada mediante la firma de un documento final en una conferencia celebrada en la Haya los días 16 y 17 de diciembre de 1991. Los signatarios de la Carta fueron un total de 40 Estados más la UE⁵⁵, aunque posteriormente se fueron adhiriendo nuevos países⁵⁶. En la práctica, la CEE era un acuerdo intergubernamental, pero diseñado fundamentalmente para movilizar al sector privado. A este respecto, más de 20 países tendrían que pasar de una economía planificada a un sistema donde la responsabilidad gubernamental estaría limitada al establecimiento de unas reglas básicas para el correcto funcionamiento del mercado y su control⁵⁷. Con todo, la naturaleza jurídica de la Carta constituía una especie de código de conducta o declaración solemne de principios políticos, económicos, energéticos y medioambientales que los países signatarios se comprometían a respetar. Tal declaración de intenciones no tendría un carácter vinculante. Sin embargo, el valor de este texto reside en demostrar por primera vez un consenso en las afinidades e interdependencias existentes en el sector energético europeo. De tal forma que este código de conducta establece las reglas básicas generales por etapas para responder a los cambios en la seguridad y la diversificación de los suministros energéticos y la protección del medio ambiente⁵⁸.

28. En cualquier caso, los signatarios de la CEE se comprometieron a perseguir los objetivos y principios de la Carta, así como a aplicar y ampliar su cooperación a la mayor brevedad mediante la negociación de buena fe de un acuerdo básico y ciertos protocolos. Con esta finalidad, la Conferencia sobre la CEE inició los trabajos relativos a un acuerdo básico, más adelante denominado el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), cuyo objetivo sería el fomento de la cooperación industrial Este-Oeste mediante el establecimiento de salvaguardias jurídicas en campos como la inversión, el tránsito y el comercio. Se iniciaron también negociaciones sobre Protocolos en el campo de la eficacia energética, seguridad nuclear e hidrocarburos, si bien en este último caso se suspendieron posteriormente hasta la conclusión del TCE.

⁵³ COM (91) 36 final, Una Carta Europea de la Energía, Bruselas, 20 de febrero de 1991, p. 2.

⁵⁴ J. DORÉ, "Negotiating the Energy Charter Treaty", in Wälde, Thomas W.: *The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment & trade*, Kluwer, London, 1996, pp. 137 - 155.

⁵⁵ Albania, Armenia, Australia, Austria, Bielorrusia, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Kazajistán, Letonia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, La Federación Rusa, España, Suecia, Suiza, Tayikistán, Turquía, Ucrania, Reino Unido, Estados Unidos y Uzbekistán.

⁵⁶ La lista de los países miembros de la Carta Europea de la Energía puede encontrarse actualizada en la página web dedicada a la Carta Internacional de la Energía: <https://www.energycharter.org> (fecha de consulta. 2 de enero de 2023).

⁵⁷ R. BAUW, "Government promotion of markets: The European Energy Charter", *Energy Policy*, vol. 20, nº 5, May 1992, p. 431.

⁵⁸ C. WAETERLOOS, "Why a European Energy Charter?", *Energy in Europe*, nº 17, July 1991, p. 10.

29. Finalmente, las tareas relativas al TCE y el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados fueron concluidas satisfactoriamente y el 17 de diciembre de 1994 eran firmados en Lisboa los textos del Tratado y el Protocolo respectivamente⁵⁹, entrando en vigor para la UE el 16 de abril de 1998, tras el depósito del trigésimo instrumento de ratificación el 16 de enero de 1998, de conformidad con el apartado 1 del artículo 44 del Tratado sobre la Carta de la Energía y del apartado 1 del artículo 18 del Protocolo⁶⁰. No obstante, de acuerdo con el artículo 45 del TCE que permite la aplicación provisional del Tratado a la espera de su entrada en vigor, la UE se decantó por dicha aplicación desde el momento de su firma⁶¹. A este respecto, los signatarios del Tratado fueron un total de 41 Estados más la UE⁶²; mientras que los signatarios del Protocolo se quedaron en un total de 39 Estados más la UE⁶³. Aunque tanto en un caso como en otro, la lista de los participantes fue ampliándose posteriormente⁶⁴.

30. La necesidad de poner al día los postulados del TCE llevaron a las partes contratantes a la firma, en 2015, de la Carta Internacional de la Energía (CIE). Se trata de una declaración de intenciones política que tiene como objetivo fortalecer la cooperación energética entre los Estados signatarios y que no conlleva ninguna obligación legalmente vinculante o compromiso financiero. Establece principios comunes para la cooperación internacional en el campo de la energía y refleja algunos de los desafíos energéticos más actuales del siglo XXI, entre otros el peso creciente de los países en desarrollo para la seguridad energética mundial o el “trilema” entre seguridad energética, desarrollo económico y protección del medio ambiente. En definitiva, la CIE promueve la cooperación energética mutuamente beneficiosa entre las naciones en aras de la seguridad y la sostenibilidad energéticas. Pero no cabe duda de que es el TCE el que más beneficios puede reportar a los sujetos destinatarios de sus normas, por el efecto directo o carácter obligatorio de los preceptos que contiene. Esto último resulta evidente, sobre todo, a la luz del artículo 26, apartado 2, letra a) del Tratado⁶⁵, que permite a un inversor de una Parte contratante, implicado en una controversia relativa al supuesto incumplimiento de otra Parte contratante de una obligación derivada de la Parte III del Tratado, plantear la resolución del litigio ante los Tribunales ordinarios o administrativos del potencial infractor.

31. En definitiva, el TCE cubre la protección de las inversiones, el tránsito, el comercio y la eficiencia energética. Es un instrumento importante para conseguir una base legal en materia de seguridad energética y contribuir al fortalecimiento del estado de Derecho en cuestiones de energía. Su objetivo es

⁵⁹ Vid., DOCE n° L 380, de 31 de diciembre de 1994:

- Acta final de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía;
- Anexo 1: El Tratado sobre la Carta de la Energía;
- Anexo 2: Decisiones con respecto al Tratado sobre la Carta de la Energía;
- Anexo 3: Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados.

⁶⁰ Información sobre la entrada en vigor del Tratado sobre la Carta de la Energía y el Protocolo sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados, DOCE n° L 69/116, de 9.3.98.

⁶¹ Decisión del Consejo 94/998/CE, de 15 de diciembre de 1994, relativa a la aplicación provisional del Tratado sobre la Carta de la Energía por parte de la Comunidad Europea; y Decisión del Consejo 94/1067/Euratom, de 15 de diciembre de 1994, por la que se aprueba la aplicación provisional del Tratado sobre la Carta de la Energía mediante Decisión de la Comisión en nombre de la Comunidad Europea de la Energía Atómica; ambas en DOCE n° L 380, de 31 de diciembre de 1994.

⁶² Albania, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia, Kazajstán, Kirguizistán, Letonia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, La Federación Rusa, República Eslovaca, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Tayikistán, Turquía, Ucrania, Reino Unido.

⁶³ Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia, Kazajstán, Kirguizistán, Letonia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Países Bajos, Polonia, Portugal, La Federación Rusa, República Eslovaca, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Tayikistán, Turquía, Ucrania, Reino Unido.

⁶⁴ La lista de los países miembros del Tratado y del Protocolo puede encontrarse actualizada en la página web dedicada a la Carta Internacional de la Energía: <https://www.energycharter.org> (fecha de consulta: 2 de enero de 2023).

⁶⁵ P. MUCHLINSKI, “The Energy Charter Treaty: Towards a new international order for trade and investment or a case of history repeating itself?”, en *Wälde, Thomas W.: The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment & trade*, Kluwer, London, 1996, p. 222.

crear un conjunto de reglas que deben observar todos los gobiernos participantes, mitigando los riesgos asociados con la inversión y el comercio relacionados con la energía. El TCE se basa en los principios de mercados abiertos, competitivos y desarrollo sostenible, así como en la provisión de normas legales para las inversiones, el comercio y el tránsito. Además, cuando el TCE se refiere a la regulación del comercio de energía, se remite a las reglas de la OMC, por lo que ambos instrumentos jurídicos mantienen concomitancias más que evidentes⁶⁶. Ahora bien, el TCE no se aplica a Rusia, ya que no es Parte contratante, aunque sí lo son la UE y Ucrania. Por lo tanto, estas últimas podrían regular sus relaciones a través de este acuerdo sectorial, mientras que los contenciosos sobre el comercio internacional de energía con Rusia tendrían que resolverse por las normas de la OMC. En concreto, los tres son miembros de esta Organización Internacional⁶⁷, por lo que cualquier intercambio internacional de electricidad entre ellos debería de respetar todo el conglomerado normativo surgido tras la Ronda Uruguay.

32. En consecuencia, deben tenerse en cuenta los acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías, donde el GATT se erige en la piedra angular del sistema. La no discriminación es el núcleo del sistema multilateral de comercio y está consagrada en el GATT de varias maneras. Así, a través de la cláusula de la nación más favorecida (NMF) (artículo I), donde se prescribe que el trato más favorable otorgado a un miembro de la OMC debe extenderse a todos los demás miembros de la OMC. También la cláusula de trato nacional (TN) (artículo III:2), al garantizar que cuando los bienes ingresan al territorio de otro miembro de la OMC, no pueden recibir un trato menos favorable que los bienes nacionales 'similares'. Además, la aplicación de restricciones cuantitativas a la importación y exportación está prohibida en el artículo XI:1 del GATT. Con todo, las obligaciones anteriores podrían ser excepcionadas a través de los artículos XX (excepciones generales) y XXI (excepciones relativas a la seguridad). Este último es el que cobraría una importancia mayor en este momento, por cuanto en la letra b), apartado ii) permite desviarse del cumplimiento de las obligaciones GATT en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional. Pero no serían las únicas normas de la OMC aplicables al comercio internacional de electricidad, ya que también habría que tener en cuenta el GATS sobre el comercio de servicios, el TRIP's en materia de propiedad intelectual y el Acuerdo Plurilateral sobre la Contratación Pública, aunque en este último Rusia no participa como miembro de pleno Derecho, sino solo en calidad de observador⁶⁸. En definitiva, se constata la existencia de normas de obligado cumplimiento para la gobernanza del comercio internacional de electricidad, aunque podría ser el momento de plantear también la conveniencia de una regulación más especializada o sectorial.

2. El Derecho aplicable a los contratos de electricidad

33. De forma parecida a lo que pudiera suceder en los contratos petrolíferos internacionales⁶⁹, en los de electricidad también hay un elevado componente de lo público en el negocio. No en vano, la ley española del sector eléctrico, la 24/2013, de 26 de diciembre⁷⁰, declara en su artículo 2, apartados 2 y 3, que el suministro de energía eléctrica constituye un servicio de interés económico general y que corresponde al Gobierno y a las Administraciones Públicas la regulación y el control de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica. En cualquier caso, lo anterior no es óbice para que las diferentes relaciones jurídicas que puedan entablarse en el conjunto del sistema tengan naturaleza contractual. Así,

⁶⁶ S. DEFILLA, "Good governance for a global electricity grid: What are the ingredients?", in T. COTTIER AND I. ESPA (Eds.), *International Trade in Sustainable Electricity. Regulatory Challenges in International Economic Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 91 y 92.

⁶⁷ Vid. el listado de los miembros de la OMC en el siguiente enlace: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm (fecha de consulta: 2 de enero de 2023).

⁶⁸ A.-A. MARHOLD, *Energy in International Trade Law. Concepts, Regulation and Changing Markets*, Cambridge University Press, 2021, pp. 67 a 101.

⁶⁹ Vid. C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, "Consideraciones sobre la ley aplicable a los contratos petrolíferos internacionales", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno XLV, N. 2, Aprile-Giugno 2009, pp. 351-386.

⁷⁰ BOE núm. 310, de 27/12/2013.

en el caso de los *power purchase agreement* (PPA)⁷¹, la *European Federation of Energy Traders* ha publicado un modelo estándar de contrato de suministro de energía, que contiene una cláusula 31 donde se permite sujetar el mismo a la legislación de cualquier país y, asimismo, se posibilita elegir la fórmula de resolución de los conflictos o controversias a través del arbitraje o sometimiento a la jurisdicción nacional⁷². De conformidad con la norma española de DIPr que permite el *pactum de lege utenda* que se acaba de indicar, esto es, el Reglamento 593/2008 (Roma I)⁷³, se acepta que las partes designen una ley que no tenga conexión con los hechos del contrato o que elijan diferentes leyes para distintas partes del contrato, así como modificar la ley aplicable en cualquier momento. Incluso si los contratantes no han determinado la ley, pero han seleccionado una concreta jurisdicción, podría servir para derivar de la sumisión expresa una elección implícita del Derecho aplicable, salvo que todos los demás aspectos de la relación jurídica apunten a la toma en consideración de otro ordenamiento⁷⁴. Se infiere de lo anterior una apuesta indubitada por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que otorga el protagonismo a los sujetos que intervienen en el contrato para la determinación del *forum* y el *ius*.

34. También hay que tener en cuenta la participación de los consumidores en la contratación del suministro eléctrico, lo que se realizará sin excepción alguna a través del correspondiente comercializador⁷⁵. No cabe duda sobre la posible conexión del contrato con más de un ordenamiento jurídico, ya que en el listado de comercializadoras de electricidad que facilita la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia⁷⁶, las hay nacionales y extranjeras. Se trata de contratos que se hallan desregulados, por lo que, únicamente estarán sujetos al régimen que libremente pacten las partes y a las disposiciones aplicables del Derecho privado⁷⁷. Aunque también se encuentran afectados por ciertas intromisiones administrativas, lo que parece consustancial con un sector, como el eléctrico, en el que resulta característica la presencia de un régimen de <Derecho administrativo privado>⁷⁸. Por lo tanto, se configura como un sistema donde confluyen reglas de Derecho privado, junto a otras de Derecho público. Esta situación da lugar a un régimen jurídico de mixtura normativa compuesto por un Derecho administrativo regulador de agentes que se mueven en una órbita de Derecho privado⁷⁹. Esta última característica, unida a la presencia del elemento extranjero en la relación jurídica considerada es la que permite acudir a las normas de DIPr para la determinación de la ley aplicable al contrato de suministro eléctrico.

35. De nuevo, resultará pertinente acudir al Reglamento Roma I para resolver los conflictos de leyes en materia de contratos de consumo. Para este supuesto se recurre al principio de mayor favorabilidad, permitiendo a las partes la elección de la ley aplicable, pero sin que ello prive al consumidor de la protección que le ofrecen las leyes del país de su residencia habitual si el contrato se ha concluido en determinadas circunstancias⁸⁰. También habría que tener en cuenta para el contrato de consumo o entre

⁷¹ Se trata de acuerdos de consumo de energía a largo plazo entre empresas consumidoras de energía y promotores de instalaciones de energía renovable, que actúan como un mecanismo para garantizar la estabilidad de las inversiones en renovables. El desarrollador se beneficia de la garantía de ingresos fijos a largo plazo, que aportan viabilidad al proyecto y facilita su financiación externa, mientras que el consumidor consigue un consumo energético 100% verde y con precio estable. *Vid.* J.I. PEÑA, R. RODRÍGUEZ Y S. MAYORAL, *Productos financieros para la transición energética*, Funcas, 2020, <https://www.funcas.es/wp-content/uploads/2020/09/Productos-financieros-para-la-transición-energética-DIGITAL.pdf> (fecha de consulta: 2 de enero de 2023).

⁷² European Federation of Energy Traders, *Power Purchase Agreement*, <https://www.efet.org/home/documents?id=31> (fecha de consulta: 2 de enero de 2023).

⁷³ Reglamento (CE) número 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 L177/6 de 4.7.2008.

⁷⁴ A. BRIGGS, *The conflicts of laws*, Oxford University Press, 2002, pp. 159 y 160.

⁷⁵ N. ENCINAR ARROYO, *Derecho del comercio eléctrico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 689.

⁷⁶ Listado de comercializadoras de electricidad de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia: <https://sede.cnmec.gob.es/listado/censo/2> (fecha de consulta: 2 de enero de 2023).

⁷⁷ L. MATA MAYRAND, “Contratos no regulados”, en V. ÁLVAREZ RIERA, et al., *La nueva regulación eléctrica. VII Jornadas jurídicas del sector eléctrico*, Civitas, 2002, p. 112.

⁷⁸ S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “El suministro en el sector energético”, en M. SANTOS RECH Y F. CAMEO BEL (Coords.), *Derecho de la Energía*, La Ley, 2006, p. 160.

⁷⁹ S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Los mercados de interés general...*, op. cit. nota 48, p. 324.

⁸⁰ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Editorial Aranzadi, sexta edición, 2021, pp. 377 y 378.

empresas las leyes de policía del ordenamiento del foro y se podría dar efecto a las normas imperativas del país en que las obligaciones derivadas del contrato tuvieran que ejecutarse. Se trata de prestar atención a todas las técnicas de reglamentación que incidan en la solución de las controversias, cuando estas últimas hayan surgido de la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos. En concreto, lo que deberá ser observado es la relación existente entre el Derecho público y privado y las reglas de conflicto. De tal forma que se podrán dar casos de interpenetración, que incluyan Derecho público con elementos de Derecho privado o lo contrario, reglas entrelazadas de Derecho público y Derecho privado, así como finalmente, alternativas de Derecho público-Derecho privado para la regulación del correspondiente contrato⁸¹.

36. En cualquier caso, tanto los contratos entre empresas como los celebrados por los consumidores, se encuentran condicionados por reglas de intervención económica de obligado cumplimiento existentes a nivel internacional. En efecto, las normas de la OMC facilitan la continuidad de los flujos de energía gracias al establecimiento de reglas que disciplinan los intercambios internacionales. El tráfico energético externo entre la UE, Rusia y Ucrania se mantiene y queda circunscrito a las reglas del mercado, transparencia y no discriminación. Estas últimas, en tanto que suponen obligaciones económicas previstas en un marco jurídico multilateral y destinadas a disciplinar el comercio internacional, pueden llegar a invalidar las normas discriminatorias de DIPr⁸². Así, en el caso de que las reglas de conflicto condujeran a la elección de un Derecho aplicable que resultara contrario a las obligaciones económicas internacionales, dicha designación podría llegar a ser rechazada⁸³. Se trata, en definitiva, de la confluencia de las normas directas e indirectas en las relaciones que se vinculan con más de un ordenamiento jurídico. De otro modo dicho, lo que se produce es una inextricable convivencia entre las obligaciones positivas y las normas basadas en puntos de conexión, que debe resolverse a través de la confluencia y el enriquecimiento mutuo, en lugar de acudir al choque y la absorción de unas por otras⁸⁴.

37. El objetivo es conseguir un enfoque holístico que tenga en cuenta todas las estructuras normativas que inciden en la regulación del tráfico jurídico externo. Sin que se impida cuestionar la aplicación indiscriminada de lo que parezcan valores absolutos, lo que podrá realizarse a través del principio de la razonabilidad. De tal forma que se admita un planteamiento misceláneo del DIPr sobre la base de conceptos tales como las expectativas razonables, vínculos más estrechos, el deber de evaluar y equilibrar, la distinción entre solapamiento normativo y conflicto directo, así como entre colisión potencial y enfrentamiento real⁸⁵. Por lo que, para el caso que nos ocupa, se trataría de permitir la determinación del derecho aplicable por la norma de conflicto, pero sin desvirtuar las exigencias imperativas que correspondan. De manera que, cuando esto último se conculca, lo primero quedará desactivado, lo que da buena muestra de la importancia que tienen unos aspectos u otros. Estas normas imperativas, por tanto, presentan un carácter reforzado en su aplicación al tráfico externo, en tanto que encuentran su origen en un interés público de tal envergadura que justifica su aplicación directa, al margen de lo dispuesto por la *lex contractus*⁸⁶.

Respecto a las circunstancias determinadas que deben de producirse para que la elección de la ley por las partes no prive al consumidor de la protección que le ofrecen las leyes del país de su residencia habitual, se concretan en dos variables, una de carácter material y la otra de naturaleza territorial. En relación con la primera, se exige que el contrato se haya celebrado entre un profesional que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional y una persona física que intervenga para un uso ajeno a su actividad comercial o profesional. Por lo que se refiere a la segunda, sólo se protege a los consumidores pasivos o sedentarios, es decir, aquéllos que consumen en el mercado donde tienen su residencia habitual y son incitados a celebrar el contrato por la otra parte contratante que se traslada, física o comercialmente a través de oferta o publicidad, a dicho mercado.

⁸¹ W. RIPHAGEN, "The relationship between public and private law and the rules of conflict of laws", *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 102, 1961, p. 328.

⁸² Sobre los requisitos que podrían llevar a considerar discriminatoria una norma estatal desde la perspectiva del artículo III del GATT, puede verse en R.M.^a FERNÁNDEZ EGEA, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Marcial Pons, 2008, pp. 72 a 112.

⁸³ A. MILLS, *The confluence of public and private international law. Justice, pluralism and subsidiarity in the international constitutional ordering of private law*, Cambridge University Press, 2009, p. 290.

⁸⁴ H. MUIR WATT, "Private International Law Beyond the Schism", *Transnational legal theory*, vol. 2-3, 2011, p. 403.

⁸⁵ A.F. LOWENFELD, *International litigation and the quest for reasonableness*, Clarendon Press-Oxford, 1996, pp. 229 y 230.

⁸⁶ S.A. SÁNCHEZ LORENZO, *Introducción al Derecho de los contratos internacionales*, Editorial Funglode, 2013, p. 186.

IV. Reflexiones finales

38. Una vez analizado el panorama jurídico en el que se encuentra el sector energético en este momento, se podría pensar que hay luz al final del túnel. También habría margen para plantear una simbiótica relación entre lo público y lo privado, que permita un adecuado entendimiento entre ambos ordenamientos. Bien es cierto que, a veces, habrá yuxtaposición, otras superposición y siempre interacción, pues los márgenes de su coexistencia cada vez son más difusos. Hasta tal punto ello es así, que más bien podría plantearse una convivencia pacífica entre técnicas de reglamentación, siempre que la controversia presente elemento extranjero. Por lo tanto, sería la conexión de la relación jurídica con más de un ordenamiento, lo que provocaría su toma en consideración por las normas de DIPr. Resultará indiferente la posición jurídica que ocupe el sujeto, ya que la internacionalidad presente en la controversia obligará a tener en cuenta tanto normas directas como las de conflicto, en función del cumplimiento del ámbito de aplicación del ordenamiento que corresponda. Es más, las primeras podrán actuar en lugar de las indirectas o una vez estas últimas se hayan aplicado, dejando inoperantes las fórmulas de reglamentación del tráfico jurídico externo basadas en puntos de conexión. Tal es el caso de lo que podría suceder, cuando el *pactum de lege utenda*, en un contrato internacional de electricidad, pudiera dar lugar a la aplicación de un ordenamiento que fuera contrario a los postulados económicos previstos en una norma directa de obligado cumplimiento. No cabe duda de que la elección del Derecho aplicable quedaría neutralizada, en la medida en que resultara incompatible con normas que están fuera del poder de disposición de las partes. Pero parecería recomendable que cualquier decisión jurídica a este respecto se basara en el principio de la razonabilidad, que se decanta por planteamientos comedidos para buscar la justicia del resultado.

39. Es la solución más justa la que debe presidir en cada momento la forma de articular la preponderancia de unas técnicas jurídicas sobre otras, aunque parece claro que la contradicción insalvable entre ellas suele decantarse a favor de las que tienen un carácter positivo rigurosamente obligatorio. Resulta necesario, por tanto, tenerlas en cuenta, ya que condicionarán la debida aplicación de las normas que resuelvan los conflictos de leyes. Para los contratos internacionales de electricidad resultan relevantes las normas de la OMC en materia de energía, aunque no se dirijan específicamente a la regulación de este sector. La aplicación de las normas adoptadas tras la conclusión de la Ronda Uruguay a cualquier forma de comercio, sin que se excluya el energético, permite entender que este último también queda cobijado por esta rama del ordenamiento jurídico. Ahora bien, la particular idiosincrasia que presentan los intercambios de electricidad a nivel internacional aboga por la adopción de normas específicas para regularlos. Así, aunque la energía eléctrica se haya considerado una mercancía, el suministro de electricidad debe ser considerado una prestación de servicios. Por lo tanto, resulta necesario articular un acuerdo en el contexto de la OMC que tenga en cuenta la singularidad del comercio internacional de energía. Podría utilizarse como modelo el Tratado sobre la Carta de la Energía, por cuanto se considera una norma omnicompreensiva al mismo tiempo que específica sobre el particular. Se trata, en definitiva, de conseguir un instrumento relevante que permita contar con una base legal para la seguridad energética y que contribuya, al mismo tiempo, al fortalecimiento del Estado de Derecho en materia de energía.

La justicia adversarial frente a las nuevas tendencias en la resolución alternativa de daños masivos a los consumidores. El ajuste al modelo español

Adversarial justice in the face of new trends in alternative resolution of mass consumer damages. Adjustment to the Spanish model

GISELA MORENO CORDERO

*Profesora Ayudante Doctora (acreditada a Contratada Doctora)
Universidad de Granada**

Recibido:14.01.2022 / Aceptado:12.02.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7557

Resumen: En fecha relativamente reciente se aprobó la Directiva (UE) 2020/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Su principal objetivo ha sido garantizar que los consumidores dispongan de al menos un mecanismo procesal capaz de proteger eficazmente sus intereses colectivos. Sin embargo, la Directiva se sustenta en un modelo adversarial de demostrada ineficacia que no tuvo en cuenta los nuevos modelos de resolución de controversias adoptados por algunos Estados miembros, cuya eficacia es incontestable en tiempo y resultados. Mediante estos nuevos modelos (nuevas tecnologías) se puede conseguir de forma rápida y sencilla la reparación de los daños masivos ocasionados a los consumidores a través de acuerdos voluntarios, sin que sea necesario acudir a un procedimiento. Tomando como punto de partida la amplia experiencia comparada y la doctrina científica, nuestra propuesta va dirigida a evaluar la posible introducción de las nuevas tecnologías -reparación regulatoria y el Defensor del Pueblo- en el ordenamiento español en aquellos sectores del consumo donde ello sea factible.

Palabras clave: Acciones colectivas, compensación regulatoria, Defensor del Pueblo.

Abstract: Relatively recently, Directive (EU) 2020/828 of the European Parliament and of the Council of 25 November on representative actions for the protection of consumers' collective interests was adopted. Its main objective has been to ensure that consumers have at least one procedural mechanism capable of effectively protecting their collective interests. However, the Directive is based on an adversarial model of proven ineffectiveness that did not take into account the new dispute resolution models adopted by some Member States, whose effectiveness is indisputable in terms of time and results. By means of these new models (new technologies) it is possible to quickly and easily obtain redress for the massive damage caused to consumers through voluntary agreements, without the need to resort to a procedure. Taking as a starting point the extensive comparative experience and scientific doctrine, our proposal is aimed at evaluating the possible introduction of new technologies -regulatory redress and the Ombudsman- in the Spanish legal system in those consumer sectors where this is feasible.

Keywords: Collective actions; regulatory redress; consumer ombudsman.

* El presente trabajo se adscribe al Proyecto Estratégico Orientado a la Transición Ecológica y a la Transición Digital 2021 del Ministerio de Ciencia e Innovación (Código/Referencia:TED2021-131127B-I00), titulado "Construcción de bases para una digitalización eficiente, legal y garantista de los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo mediante plataformas tecnológicas (CODIRE), y cuyos investigadores principales son Fernando Esteban de la Rosa y María José Fernández-Fígares Morales.

Sumario: I. Introducción. II. Respuesta normativa a las reclamaciones colectivas en España. 1. Estado de la cuestión. 2. Las entidades reguladoras como mejores intermediarios para la reparación de daños masivos y su intervención coordinada con el Defensor del Pueblo. III. La reparación regulatoria de daños masivos y el ombudsman en el sistema español. 1. Entidades reguladoras. 2. Necesidad de implementación de la figura del *ombudsman*. 3. La creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente como principal novedad del sistema RAL español. 4. El papel del Defensor del Pueblo español en materia de consumo. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. El panorama jurídico que en la actualidad se plantea en materia de daños masivos en los Estados miembros de la UE es muy heterogéneo¹. Entre los ordenamientos estatales se aprecian diferencias relevantes en casi todos los aspectos que atañan al recurso colectivo², destacando, entre ellos, la carencia de mecanismos indemnizatorios³ y de vías alternativas de resolución de controversias adaptadas a este tipo de reclamaciones⁴.

2. La consecuencia lógica que se desprende de la diversidad de respuestas normativas en los Estados miembros para alcanzar la reparación colectiva provoca que la protección de los derechos de los consumidores no sea igual de garantista en todos los Estados miembros, en la medida que el éxito de sus reclamos dependerá del concreto nivel de protección proporcionado por el ordenamiento ante el que se interponga la reclamación⁵.

3. Cuenta de ello ha dado el mediático escándalo “*Dieselgate*”, donde un considerable número de consumidores europeos y de terceros Estados resultaron perjudicados a causa de la actuación fraudulenta del grupo Volkswagen, al instalar un sofisticado *software* en 11 millones de coches⁶ que alteraba el impacto de las emisiones de óxido de nitrógeno legalmente permitidas en el momento en el que el vehículo era sometido a la prueba oficial de emisiones⁷.

4. En este controvertido asunto resultaron afectados unos 8.5 millones de consumidores europeos, muchos de los cuales no recibieron una protección adecuada debido a que algunos ordenamientos

¹ E. SILVESTRI, ‘Towards a common framework of collective redress in Europe: an update on the latest initiatives of the European Commission’, *Russ, Law J.* 1, 2013, pp. 46-56.

² Tipo de acción colectiva disponible y su enfoque (horizontal o vertical); admisibilidad; entidades habilitadas y requisitos que deben; mecanismos de integración (*opt-in*, *opt-out* o mixto); sistemas de publicidad; la financiación; alcance de la cosa juzgada; intereses protegidos, etc. L. MULLENIX, ‘Competing Values: Preserving Litigant Autonomy in an Age of Collective Redress’, *DePaul Law Review*, 64 (2), 2014, pp. 601-640; A. BIARD, Collective redress in the EU: a rainbow behind the clouds? *ERA Forum*, (19), mayo 2018, pp. 189-204.

³ Tal es el caso de Alemania, Austria, España, Estonia, Luxemburgo y Rumanía.

⁴ La Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE en adelante, Directiva 2013/11/UE (DOUE L 165/63, de 18 de marzo de 2013), fue traspuesta en cada Estado miembro de manera diversa y en muchos de ellos esta trasposición no responde adecuadamente a las acciones colectivas. M.C., SOLARTE-VÁSQUEZ, “El proceso de Institucionalización de los mecanismos de Resolución Alternativa de Conflictos en la Unión Europea”; *L’Europe Unie*, Vol. 7, 2014, pp. 94-111.

⁵ En la Recomendación de 2017 al Consejo y a la Comisión aprobada a raíz de la investigación sobre la medición de emisiones de la Volkswagen, el Parlamento instó a la Comisión a proponer un sistema armonizado del recurso colectivo, basado en las buenas prácticas dentro y fuera de la UE, que incluyera, junto a las medidas de cesación, medidas resarcitorias. Esta misma petición fue respaldada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).

⁶ La empresa utilizó el software para falsear las emisiones en los modelos Jetta (2009-2015), Beetle (2009-2015), Audi A3 (2009-2015), Golf (2009-2015) y Passat (2014-2015).

⁷ El fraude fue detectado en septiembre de 2015 por la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (EPA), quien notificó a Volkswagen de la violación de la ‘Ley del aire limpio’ (*Clean Air Act*) de los 11 millones de automóviles con motor diésel de Volkswagen y Audi vendidos entre 2009 y 2015. En junio de 2022 Alemania inició una investigación por posible fraude de emisiones en 210.000 vehículos diésel de Hyundai y Kia, vendidos hasta 2020 y equipados con presuntos dispositivos de desactivación, similares a los que usó el Grupo Volkswagen, disponible en <https://www.motorpasion.com/industria/hyundai-kia-pueden-sumarse-a-fiesta-dieselgate-alemania-inicia-investigacion-posible-fraude-emisiones>

Europeos no disponían de regulaciones adaptadas a los daños masivos⁸. Las diferencias de trato que evidenció este escándalo se han venido manifestado en distintos aspectos, ya que mientras algunas de estas reclamaciones han sido encausadas y resueltas por la vía judicial a través de acciones colectivas o individuales, otras siguen pendientes de resolución⁹, y en otros casos, el Consorcio alemán ha zanjado el dilema mediante la conclusión acuerdos extrajudiciales que incluyen indemnizaciones para los perjudicados¹⁰. Los contrastes también se aprecian en el tipo y el monto de la indemnización recibida por los afectados, así como en las sanciones económicas impuestas al gigante alemán en los distintos países¹¹.

5. En Alemania, por ejemplo, en los asuntos ya resueltos judicialmente (entre más de mil reclamaciones pendientes), el fabricante no solo ha quedado obligado a pagar una compensación económica -en algún caso, por valor de 28.257 euros-, sino a reembolsar al perjudicado el valor parcial del vehículo en función de los kilómetros recorridos, aunque el coche se hubiera vendido o su propietario hubiera recibido un bono para la compra de un nuevo vehículo¹². Por su parte, la solución adoptada en nuestro país por el Juzgado núm. 1 de Madrid (en el marco de un proceso colectivo con 5.444 afectados), Volkswagen España quedó obligada a indemnizar con 3.000 euros a cada propietario, así como a reparar los vehículos manipulados sin coste alguno para el comprador. En el caso de Holanda, el tribunal impuso la obligación de indemnizar a los propietarios de vehículos manipulados por un montante de 3.000 euros o a la mitad (1.500 euros), si el coche era de segunda mano; entretanto, el tribunal italiano, incrementó el monto de la indemnización (a unos de 63.000 afectados) a 3.300 euros. En el Reino Unido, con unos 91.000 afectados, se acordó una compensación de 226 millones de euros, mientras en los EE.UU., el total pactado en indemnizaciones alcanzó la jugosa cifra de 17.500 millones de dólares, correspondiendo a cada afectado (600.000 en total) entre 4.000 y 8.000 euros.

6. Como se observa, los consumidores estadounidenses defraudados no solo recibieron una compensación mayor que los europeos, sino que fueron compensados más rápidamente¹³. En estos dos últimos casos (acuerdos extrajudiciales) Volkswagen fundamenta las diferencias entre los montantes acordados en concepto de indemnización, en que, los niveles de emisión de óxido de nitrógeno permitidos en Europa son muy superiores (180 mg/Km) a los autorizados en los EE.UU. (31 mg/km)¹⁴.

7. El escándalo puso de relieve la necesidad de garantizar una protección real de los derechos de los consumidores en todos los Estados miembros y de recibir una compensación por los daños ocasionados por el infractor¹⁵. Devino así en esencial una nueva intervención europea¹⁶, que se materializó en

⁸ <https://www.usinenouvelle.com/article/ou-en-sont-les-sanctions-prises-contre-volkswagen-apres-ledieselgate.N422467>

⁹ En el caso de Holanda Volkswagen ha alegado que los propietarios no han sufrido ninguna pérdida económica con motivo del fraude, mientras en España alega cuestiones obstáculos de naturaleza procesal.

¹⁰ Tal y como ha sucedido con EE.UU. y el Reino Unido.

¹¹ En los EE.UU., la Volkswagen ha tenido que hacer frente a 4.300 millones de dólares en multas por delitos asociados al escándalo y otros 4.700 millones de dólares por daños medioambientales. España, sin embargo, no ha impuesto hasta la fecha ninguna sanción administrativa, frente a las importantes multas adoptadas en Polonia (28 millones de euros), Alemania (100 millones de euros) e Italia (4 millones de euros). Por su parte, la Comisión Europea ha impuesto una multa de 875 millones de euros a los grupos automovilísticos Volkswagen y BMW por participar durante cinco años en un cártel para evitar competir entre sí en las tecnologías de reducción de emisiones diésel. Información disponible en <https://www.motorpasion.com/volkswagen/volkswagen-ofrecio-gorra-llavero-a-afectados-dieselgate-espana-eeuu-indemnizo-8-000-euros; finanzas/noticias/11314440/07/21/Bruselas-multa-a-Volkswagen-y-a-BMW-con-875-millones-por-un-cartel-para-reducir-las-emisiones-diesel.html>

¹² <https://www.motorpasion.com/volkswagen/maximo-tribunal-alemania-sienta-precedente-al-obligar-a-volkswagen-a-indemnizar-a-cliente-dieselgate-30-000-euros>

¹³ Euractiv, 'EU clear path for colectivo law suits', 11 de abril de 2018, disponible en <https://www.euractiv.com/section/eupriorities-2020/news/eu-clears-path-for-collective-law-suits/>; A. Biard, Collective redress in the EU: a rainbow behind the clouds?, *op. cit.*, p.182

¹⁴ Las emisiones de óxidos de nitrógeno en los EE.UU. superó hasta 40 veces los estándares permitidos por la EPA.

¹⁵ A. BIARD, Sale temps pour l'action de groupe. à la recherche de solutions alternatives pour résoudre les litiges de masse, *Rev. Lamy Droit Civ.*, 157, 2018, pp. 21-26; id., A. Collective redress in the EU: a rainbow behind the clouds?, *op. cit.*, p. 195.

¹⁶ La Unión Europea ha emprendido varias iniciativas para regular los recursos colectivos antes de la adopción de la Directiva. Sobre estos antecedentes véase. G. Moreno Cordero, "La tutela alternativa en los conflictos colectivos de consumo: directrices del derecho europeo y orientaciones para un nuevo modelo en el sistema español", en F. ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.)

la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (Directiva (UE) 2020/1828)¹⁷.

8. La Directiva (UE) 2020/1828 ha nacido con vocación¹⁸ de adoptar un marco coherente sobre reparación colectiva, con el objetivo de trazar una política común a través de principios uniformes aplicables a todos los Estados miembros¹⁹. Su finalidad se sustenta en cuatro pilares básicos: a) eliminar la competencia entre empresarios que cumplen la normativa frente los que la incumplen; b) resarcir de los daños ocasionados a los perjudicados en un tiempo razonable e impedir que las distorsiones del mercado interior mermen la confianza de los consumidores y usuarios; c) evitar litigios abusivos e incentivos económicos especulativos²⁰ y d) garantizar un acceso igualitario a la justicia²¹. Para la consecución de este propósito, se requiere que los ordenamientos estatales adopten al menos un mecanismo procesal efectivo y eficiente de acciones de representación -medidas de cesación y resarcitorias-, tanto a escala de la Unión como nacional²².

9. En principio, la consolidación de un modelo europeo de acciones de representación que incluya medidas de reparación, debe ser evaluado como un paso de significativo calado para muchos ordenamientos de los Estados miembros, entre ellos el español. Sin embargo, existen dudas razonables en doctrina científica -que comparto- sobre la efectividad de este modelo, siendo varios los motivos subyacentes que respaldan esta postura.

10. Para empezar, la Directiva imprime gran flexibilidad en su implementación²³, lo que podría colisionar con la intención de armonización y con la garantía de un mercado único²⁴. Destacados estudios advierten sobre las disparidades resultantes de las realidades políticas domésticas y la diversidad de tradiciones legales a la hora de perfilar los mecanismos de reparación colectiva en la UE²⁵. Entre estas realidades se sitúan las nuevas formas de afrontar la reparación con dimensión masiva, conocidas como “nuevas tecnologías”, que no son más que novedosas herramientas de litigación desarrolladas con éxito desde hace algunos años (reparación regulatoria y el *ombudsman*) en países de nuestro entorno.

11. La utilidad de las “nuevas tecnologías” ha sido muy positivamente acogida por la doctrina científica y por la ciencia del comportamiento²⁶ frente al modelo anticuado y en declive que propone la Directiva, tendente a reproducir, o más bien a perpetuar, el *estatus quo* existente al tiempo de su adopción²⁷.

y O. OLARIU (coord.), *La resolución de conflictos de consumo*, Thomson-Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 539-563, pp. 540-545.

¹⁷ DOUE L 409/1, de 4 de diciembre de 2020.

¹⁸ T. S. ULEN, ‘The Law and Economics of Class Actions in Europe’, en J.G., Backhaus, A. Cassone and G. B., Ramello, *The Law and Economics of Class Actions in Europe: Lessons from America*, UK/Northampton, Edward Elgar Cheltenham, 2012, pp. 79-82.

¹⁹ Téngase en cuenta que, si bien todos los Estados miembros cuentan con el recurso colectivo judicial, 9 de ellos no disponen de mecanismos compensatorios, por consiguiente, la trasposición de la Directiva sin duda ayudará a superar las divergencias existentes, mejorando el acceso de los afectados a la justicia.

²⁰ R. MONEY-KYRLE and C. HODGES, *Safeguards in collective actions*, Oxford: The Foundation for Law, Justice and Society, 2012, pp. 477-504.

²¹ Art. 1.

²² Considerando 7.

²³ I. BENÖHR, Collective redress in the field of European consumer law. *Leg. Issues Econ. Integr.* 41, 2014, pp. 246–256; E. SILVESTRI, Towards a common framework of collective redress in Europe—an update on the latest initiatives of the European Commission. *Russ. Law J.* 1, 2013, pp. 46–56, p. 53.

²⁴ Lo que hace sustentada en el art. 67, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) cuando reclama que el establecimiento de un espacio de libertad, justicia y seguridad en la UE debe ser concomitante con el respecto por los diferentes sistemas jurídicos y tradiciones de los Estados miembros.

²⁵ R. MULHERON, ‘A channel apart: why the United Kingdom has departed from the European Commission’s Recommendation on class actions’, *Camb. Yearb. Eur. Leg. Stud.* 14, 2015, pp. 36-65.

²⁶ C. HODGES, Collective redress: A breakthrough or a damp squib?, *Journal of Consumer Policy*, núm. 37, 2014, pp. 67-89.

²⁷ C. HODGES, ‘Collective Redress: The Need for New Technologies’, *Journal of Consumer Policy*, núm. 42, 2019, pp. 59-90, p. 61; C. HODGES and E. VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, op. cit., pp. 170-176. En igual sentido

Es un hecho constatado que la eficacia del recurso colectivo es muy limitada debido su rigidez, duración y altos costes. En tanto, el recurso a la reparación regulatoria y el *ombudsman* imprimen rapidez y resultados eficientes en la resolución de disputas y en la reparación de daños masivos, y ello no solo porque permite llegar a acuerdos voluntarios a bajos costes sin que sea necesario acudir a un procedimiento²⁸, sino porque desarrolla funciones distintas a las de un tribunal, como la asistencia a consumidores y comerciantes y la agregación datos sobre problemas comerciales que introduce mejoras al sistema²⁹.

12. Todo ello redundaría en el robustecimiento de la confianza de los consumidores, en la regulación del mercado y en la creación de condiciones de competencia equitativas para los empresarios que ejercen su actividad en el mercado interior, al tiempo que contribuye al perfeccionamiento de la cultura empresarial. De hecho, en los ordenamientos europeos en los que la reparación reguladora y el *ombudsman* están habilitados (Reino Unido³⁰, Bélgica³¹, Dinamarca³², Francia³³, Países Bajos³⁴, Holanda³⁵, Italia³⁶, Suecia³⁷, entre otros), las acciones colectivas y las ADR tradicionales (viejas tecnologías) han quedado prácticamente desplazadas³⁸.

La inadecuada evaluación del impacto de las “nuevas tecnologías” por parte del legislador europeo se traduce en que la protección a los consumidores no va a ser igual de efectiva en todos los Estados

R. MARCUS, *Treading Water? Current Procedural Issues in America*, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 23, 2018, pp. 183-202; S. VOET, ‘Where the wild things are. Reflections on the state and future of European collective redress’, in *Waves in Contract and Liability Law in Three Decades of Ius, Commune, Intersentia*, 2017, pp. 105–140; A. STADLER, ‘Stand und Perspektiven der kollektiven Rechtsdurchsetzung in Deutschland und Europa’, in *Tagungsband der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung*, 2017, pp. 129-152; B. JAVAUX and A. BIARD, *Recours Collectifs à l’heure de la Legaltech: l’initiative européenne serait elle déjà obsolète? Revue Lamy Droit Civil*, (173), 2019, pp. 1-5; V. HÁRSAGI and C. VAN RHEE, ‘Collective Redress in the Europe Union–Comparative Perspectives’, in V. HÁRSAGI y C. VAN RHEE (eds.), *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Speaking Mice?*, Cambridge: Intersentia, 2014, pp. 19-30; D. HENSLER, ‘The globalisation of class actions’, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 622(1), 2009, pp.7-29.

²⁸ Según HODGES, “(...) la introducción de una acción colectiva a la antigua podría dar lugar a un reclamo político de actuar en el interés del consumidor sin hacerlo de hecho. El reclamo político sería vacío, y los consumidores permanecerían sin reparación en demasiados casos. Una respuesta así sería ahora imperdonable frente a la evidencia empírica”. La introducción de una acción colectiva a la antigua podría dar lugar a un reclamo político de actuar en el interés del consumidor sin hacerlo de hecho. El reclamo político sería vacío, y los consumidores permanecerían sin reparación en demasiados casos. Una respuesta así sería ahora imperdonable frente a la evidencia empírica. C. HODGES and E. VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, Hart, 2018, pp. 170-176; C. HODGES, ‘Collective Redress: The Need for New Technologies’, *Journal of Consumer Policy*, núm.42, 2019, pp. 59–90, p. 61.

²⁹ C. HODGES, ‘Collective Redress: The Need for New Technologies’, *op. cit.*, 2019, p. 59.

³⁰ En el Reino Unido la reparación regulatoria viene siendo utilizada desde el 2012 y se ha convertido en el mecanismo principal de reparación colectiva que ha llegado a eclipsar su aplicación en reparaciones individuales. *Vid.* C. HODGES and S. VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, *op. cit.*, pp. 177-258.

³¹ *Ibidem*, p. 158.

³² *Ibidem*, pp. 160-166.

³³ *Ibidem*, pp. 233-239.

³⁴ *Ibidem*, p. 246.

³⁵ Desde el año 2005 en Holanda existe un sistema de transacción de acciones colectivas en el ámbito financiero («*Wet collectieve afhandeling massaschade*», WCAM, ley aprobada el 27 de julio de 2005), *Vid.* M.J. VAN DER HEIDIJEN, “Class Actions/les actions collectives”, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 14, núm. 3, 2010, pp. 1-17; B. KRANS, ‘Dutch Act on Collective Settlement of Mass Damages’, 27 *Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J.* 2014, pp. 281-301; W. VAN BOOM, ‘Collective Settlements of Mass Claims in The Netherlands’, in M. CASPER, A. JANSSEN, P. POHLMAN and R. SCHULZE (eds), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, Sellier, 2009, p. 171; T. ARONS and W. VAN BOOM, ‘Beyond Tulips and Cheese: Exporting Mass Securities Claim Settlements from The Netherlands’, *European Business Law Review*, 2010, p. 857; I. TZANKOVA and H. VAN LITH, ‘Class Actions and Class Settlements Going Global: The Netherlands’, in D. FAIRGRIEVE and E. LEIN (eds), p. 67; X.E. KRAMER, ‘Enforcing mass settlements in the European Judicial Area: EU policy and the strange case of Dutch collective settlements (WCAM)’, in C. HODGES and A. STADLER (eds.), *Resolving Mass Disputes. ADR and Settlement of Mass Claims*, UK/Northampton, Edward Elgar Cheltenham, , 2013, pp. 63-78; Id., ‘Securities collective action and private international law issues in Dutch WCAM settlements: global aspirations and regional boundaries’, *Global Business & Development Law Journal*, Vol. 27, núm. 2, 2014, pp. 235-279.

³⁶ En Italia, por ejemplo, las autoridades reguladoras de la electricidad, gas y agua (AEEGSI) y de la Banca. *Vid.* C. HODGES and S. VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, *op. cit.*, pp. 168-176 y 240; C. HODGES, ‘Collective Redress: The Need for New Technologies’, *Journal of Consumer Policy*, núm. 42, 2019, p. 64.

³⁷ C. HODGES and S. VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, *op. cit.*, pp. 241y 242.

³⁸ *Ibidem*, pp. 170-176; C. HODGES, ‘Collective Redress: The Need for New Technologies’, *op. cit.*, pp. 59-90, p. 61.

miembros. Ello explica por qué la probabilidad de éxito del modelo que consagra la Directiva (UE) 2020/1828 sea ciertamente escasa³⁹.

13. Las “viejas tecnologías” por la que opta el legislador europeo resulta un reclamo mal planteado por dos motivos palmarios. Primero, porque el control de adecuación y eficacia de la legislación de la UE (REFIT) en materia de protección a los consumidores y comercialización⁴⁰, publicado el 23 de mayo de 2017⁴¹, puso de relieve la falta de adecuación de las normas sustantivas de la UE en materia de consumo, ya que los consumidores europeos seguían enfrentándose a los mismos obstáculos que hace diez años a la hora de obtener la reparación individual⁴². Y lo cierto es que muchos de los obstáculos identificados entonces -especialmente, la excesiva duración de los procedimientos⁴³, incertidumbre en cuanto a los derechos y mecanismos procesales; elevado coste de los litigios; dificultad de acceso a la financiación para los demandantes, asociaciones o intermediarios habilitados; escasa probabilidad de éxito derivadas de la complejidad de estos procedimientos y pocas expectativas en sus resultados, sobre todo para reclamaciones de escaso valor⁴⁴-, no van a mitigarse con la trasposición de la Directiva⁴⁵. Todo ello nos lleva a considerar que, la respuesta europea concretada en la Directiva (UE) 2020/1828, podría resultar contraria a lo que precisamente pretende resguardar cuando en su Considerando 1 confirma que, “*Sin medios eficaces para que los consumidores puedan poner fin a las prácticas ilícitas y ser resarcidos, la confianza de los consumidores en el mercado interior se debilita*”.

14. El problema no es menor, pues tal y como sostiene HODGES los sistemas demasiado lentos o costosos que no ofrecen una justicia material o procesal deben modernizarse⁴⁶. Y las acciones colectivas son un ejemplo típico de esta necesidad de adaptación.

La evidencia empírica y la ciencia del comportamiento demuestran que el mejoramiento del modelo de daños masivos requiere de la intervención de sistemas más sofisticados que los tribunales, ya que estos sistemas permiten la recopilación y procesamiento de la información sobre los problemas, para ser posteriormente utilizados por los intermediarios adecuados a fin de intervenir en una futura

³⁹ C. HODGES and N. CREUTZFELDT, ‘Implementing the EU Consumer ADR Directive’, *Foundation for Law, Justice and Society-Policy Brief*, 2013, pp. 1-12; A. BIARD, ‘Monitoring Consumer ADR Quality in the EU: a Critical Perspective’, *European Review of Private Law*, núm. 2, 2018, pp. 171-196.

⁴⁰ Que incluyó la Directiva 2009/22/CE, así como el Informe de la Comisión, de 25 de enero de 2018, sobre la aplicación de la Recomendación 2013/396/UE de la Comisión 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 a los consumidores por el Derecho de la UE.

⁴¹ DOUE L 201/60, de 26/07/2013.

⁴² Informe sobre la aplicación de la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre principios comunes para los mecanismos de recurso colectivo cautelar y compensatorio en los Estados miembros en relación con las violaciones de los derechos otorgados en virtud del Derecho de la Unión, COM(2018) 40 final, 25 de enero de 2018, disponible en www.ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?action=display&doc_id=49502; *Euractiv*, ‘EU clear path for collective law suits’, 11 de abril de 2018, disponible en: www.euractiv.com/section/eu-priorities-2020/news/eu-clears-path-for-collective-law-suits/; Recomendación tras la investigación sobre las mediciones de emisiones en el sector del automóvil, P8-TA (2017)0100, 4 de abril de 2017, párr. 59, disponible en www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0100+0+DOC+XML+V0//ES (véase Considerandos 8 y 9 de la Directiva (UE) 2020/18289).

⁴³ El largo tiempo que emplean las autoridades judiciales en resolver las reclamaciones colectivas es una nota común en la mayoría de los Estados miembros, y principal hándicap para responder de manera efectiva a numerosos consumidores perjudicados por una misma práctica ilícita.

⁴⁴ A. STADLER, ‘Die Umsetzung der Kommissionsempfehlung zum kollektiven Rechtsschutz’, *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft*, 1(1), 2015, pp. 149-159.

⁴⁵ “En algunas jurisdicciones, un número considerable de casos colectivos no cumplen con los criterios para la certificación y son desestimados en el escrutinio judicial inicial.9 En muchas jurisdicciones, el litigio colectivo toma años10 y solo es posible con una financiación significativa, que generalmente no está disponible en los estados (a través de *legal aid*) y solo puede provenir de abogados y/o financiadores externos. La dependencia de los financiadores privados tiene una serie de consecuencias, incluida la selección de casos que tienen una alta probabilidad de éxito y la probabilidad de generar grandes ganancias para los financiadores. Es poco probable que muchos reclamos menores de los consumidores satisfagan tales criterios comerciales”.

⁴⁶ C. HODGES, “El enfoque holístico del acceso a la justicia en la resolución de litigios de consumo”, en F. Esteban de la Rosa (dir.), G. MORENO CORDERO y O. OLARIU (coords.), *Justicia digital, mercado y resolución de litigios de consumo*, Cizur Menor, Thomson-Reuters/Aranzadi, 2021, pp. 177-200, pp.178 y 179.

modificación del comportamiento de los comerciantes y de los mercados que no respetan los requisitos éticos, cosa que los tribunales no pueden hacer⁴⁷.

15. La dificultad del tema no se reduce, pues, a la posibilidad de tener acceso a un proceso que resuelva un litigio colectivo, sino a que en ese proceso se aseguren resultados justos para los perjudicados en un tiempo reducido y que la información extraída sirva para modificar el comportamiento y consolidar un mercado más justo y equitativo⁴⁸. De esta forma se garantizaría el cumplimiento de la legislación en materia protección al consumidor⁴⁹ y la confianza de los consumidores en el mercado interior saldría reforzada.

16. Conviene, por otro lado, retener que pese a que la Directiva reconoce la compatibilidad de sus regulaciones con la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva 2013/11/CE)⁵⁰, que dicho instrumento ha tenido un impacto muy escaso o nulo en eventos masivos, al ser pocos los Estados miembros en los que su transposición se ha adaptado a las reclamaciones con repercusión colectiva⁵¹, y el caso español, es uno de ellos⁵².

17. El mantenimiento de dos respuestas diferentes y con ritmos de ejecución distintos tiene con principal consecuencia que los consumidores afectados no cuenten con un acceso igualitario a la justicia, al tiempo que estimula la manipulación del foro competente para obtener beneficios del litigio (*fórum shopping*). Tal manipulación no solo puede venir motivada por los intereses en juego de las partes, sino también por el concreto grado de eficacia de los mecanismos habilitados en el ordenamiento donde se haya planteado la reclamación. Así, por ejemplo, la reclamación interpuesta ante una autoridad cuyo ordenamiento acoja las “nuevas tecnologías” podrá verse favorecidas frente a la incertidumbre y lentitud a la que va a quedar sometida la misma reclamación, si de ella conoce una autoridad donde la vía judicial⁵³ (“viejas tecnologías”) sea la única habilitada al efecto, tal y como ocurre en España⁵⁴.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 22.

⁴⁸ Una conclusión a la que llegó *Legal Services Board* en una evaluación llevada a cabo en 2012.

⁴⁹ S. ISSACHAROFF and G.P.MILLER, Will Aggregate Litigation Come to Europe? *Vanderbilt Law Review*, 62, 2009, pp. 37-68.

⁵⁰ DOUE L 165/63, de 18 junio de 2013.

⁵¹ Consúltase el estudio encargado por el Departamento Temático de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo a petición de la Comisión de Asuntos Jurídicos, titulado, “El recurso colectivo en los Estados miembros de la UE”, de octubre de 2018. El estudio se marcó como objetivo evaluar la situación entonces existente de las acciones colectivas a nivel nacional y europeo, y contiene algunas recomendaciones extraídas de las respuestas ofrecidas por expertos de 12 Estados miembros (Austria, Bélgica, Estonia, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo, Polonia, Rumanía, España, los Países Bajos y el Reino Unido), dirigidas a garantizar un acceso igualitario a la justicia, cuestionado por las grandes divergencias existentes en este ámbito, especialmente, pp. 38 y 39, disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608829/IPOL_STU\(2018\)608829_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608829/IPOL_STU(2018)608829_EN.pdf)

⁵² G. MORENO CORDERO, “El recurso colectivo de consumo en el sistema español: elementos para la implantación de una nueva tecnología”, en F. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), G. MORENO CORDERO y O. OLARIU (coords.), *Justicia digital, mercado y resolución de litigios de consumo*, Cizur Menor, Thomson-Reuters/Aranzadi, 2021, pp. 479-510, pp. 482-485.

⁵³ A. BIARD, Collective redress in the EU: a rainbow behind the clouds?, *ERA forum*, mayo 2018, pp. 190-202, disponible en: https://www-researchgate-net.translate.google/publication/325207411_Collective_redress_in_the_EU_a_rainbow_behind_the_cloudspp.

⁵⁴ Durante años ha sido un reclamo de nuestra doctrina la necesidad de emprender una modificación en el sistema español de acciones colectivas y la consecuente introducción de vías alternativas más eficientes. L.M. BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses del grupo*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 637; C. GONZÁLEZ CARRASCO y J. CANTERO MARTÍNEZ, *La producción normativa en materia de consumo. Técnica legislativa y regulación sectorial*, Universidad de Castilla-La Mancha y Centro de Estudios del Consumo, Castilla-La Mancha, 2006, pp.18-28; E. LLAMAS POMPO, “Acciones colectivas contra daños (1)”, *Revista La Ley de Práctica de Derecho de Daños*, núm. 60, mayo 2008; F. GASCÓN INCHAUSTI, “Acciones colectivas y acciones de cesación para la defensa de los consumidores (arts. 53 a 56 TRDCU)”, en *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007*, M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO (dirs.), Iustel, Madrid, 2011, pp. 891-967; Id., “Azioni collettive e azioni inibitorie per la protezione dei consumatori nel processo civile spagnolo: il ruolo delle associazioni deiconsumatori”, en *Consumatori e processo. La tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, S. CHIARLONI y P. FIORIO (coords.), Giappichelli, Turín, 2005, pp. 129-157; A. FERRERES COMELLA y A. LÓPEZ DE ARGUMEDO, “Las limitaciones del sistema de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos dispuesto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. Una propuesta inicial de sistemas alternativos de resolución de disputas”, *Actualidad*

18. Bajo este paraguas diverso es bastante probable que entre los Estados miembros sigan perpetuándose las significativas diferencias de trato a los consumidores y usuarios ya identificadas en control de adecuación y eficacia de la legislación de la UE. Por tanto, resulta arriesgado vaticinar que el tratamiento de este tipo de reclamos sea igual de garantista para los consumidores europeos una vez traspuesta la Directiva⁵⁵. De ahí que sea muy probable que su trasposición a los ordenamientos estatales, tenga un impacto muy residual en orden a la reparación y a la simplificación de los procedimientos, debido a la incapacidad práctica e ineficacia que viene mostrando el modelo adversarial (viejas tecnologías) en orden a la reparación de daños masivos⁵⁶.

19. Frente a la senda tan estrecha que dibuja la trasposición de la Directiva, la salida más adecuada para responder de manera eficiente a la reparación de los daños masivos a los consumidores dentro del escenario español es a través de la implementación y consolidación de las “nuevas tecnologías”⁵⁷. Tal planteamiento no implica restar importancia a las mejoras que la trasposición de la Directiva va a introducir al único mecanismo habilitado en nuestro país para responder a las reclamaciones colectivas, el judicial, plagado de carencias que demandan de mejoras sustanciales para acompañarlo con las nuevas directrices europeas en distintas direcciones, debido a que las acciones de representación (“viejas tecnologías”) deben continuar utilizándose en aquellos sectores en los que la reparación regulatoria no intervenga.

Jurídica Uria Menéndez, n.º extraordinario, 2011, pp. 111-120, p. 116; A. FERRERES COMELLA, “Algunas pautas para regular las acciones colectivas”, *Actualidad Jurídica Uria Menéndez*, n.º 45, 2017, pp. 23-35, p. 28; A. MONTESINOS GARCÍA, “La tutela extrajudicial de los derechos e intereses colectivos”, *InDret*, n.º 3, 2018, pp.1-54, pp. 24-30; F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Desafíos de la contratación electrónica para los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo: radiografía de una transformación necesaria”, *VLEX*, diciembre-2018, pp. 42-59, p. 11; G. MORENO CORDERO, “La tutela alternativa en los conflictos colectivos de consumo: directrices del derecho europeo y orientaciones para un nuevo modelo en el sistema español”, en F. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), O. OLARIU (coord.), *La resolución de conflictos de consumo*, Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 539-563, pp. 549-5; Id., “Impacto de las nuevas directrices europeas en las regulaciones españolas sobre protección de los intereses colectivos de los consumidores”, en F. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), G. MORENO CORDERO y O. OLARIU (coords.), *Justicia digital, mercado y resolución de litigios de consumo*, Cizur Menor, Thomson-Reuters/Aranzadi, 2021, 455-478, pp. 455-466; N. MARCHAL ESCALONA, “Las relaciones entre las entidades de RAL de consumo y los sistemas judiciales en las reclamaciones transfronterizas: Especial referencia al proceso europeo de escasa cuantía”, en F. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), O. OLARIU (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2018, pp. 509-534, pp. 529-531, Id., “El marco regulador en proyecto en España para la resolución alternativa de conflictos: ¿nuevas perspectivas para las reclamaciones de consumo?”, *REDI*, 2019, vol. 71, núm. 2, pp. 145-170, pp.149-156.

⁵⁵ M.J. AZAR-BAUD and M. SOUSA FERRO, *Directive on consumer representative actions: a sheep in wolf's clothing?*, *EU Law live*, 2020, pp. 1-20.

⁵⁶ Será necesario acompañar algunas regulaciones vigentes con las nuevas directrices europeas en relación con: la admisión a trámite de las acciones colectivas; la prescripción de determinadas acciones; las reglas de legitimación de las entidades nacionales y transfronterizas; la prueba; la forma de articular las distintas medidas susceptibles de ser activadas en una acción de representación -de cesación y de reparación-; la posibilidad de que los consumidores tengan ocasión de manifestar su voluntad de ser representados o no por la entidad habilitada cuando se reclamen medidas resarcitorias, así como de desvincularse de los resultados de la acción entablada o del acuerdo adoptado. Esta última posibilidad implicaría a su vez un cambio significativo en el alcance subjetivo de la cosa juzgada tal y como ha sido diseñada en nuestra LEC, ya que solo afectaría a aquellos consumidores que hayan decidido participar en el proceso colectivo sin haberse desvinculado de sus resultados, así como también que estos se beneficien directamente de una medida resarcitoria después de dictarse, sin que quepa exigirle su participación previa en una acción de representación. La incorporación de nuevas regulaciones no previstas en nuestro actual sistema. En este sentido sería deseable, en primer lugar, implementar la consulta entre la entidad habilitada y la empresa infractora como exigencia previa al ejercicio de una acción de cesación o de reparación, a efectos de que el empresario infractor ponga fin a la infracción que será objeto de una acción de representación. Con ello se conseguirá la no activación de la demanda colectiva de hacer cesado la infracción. En segundo lugar, y lo que a nuestro juicio resulta la principal novedad desde la perspectiva española, además de un viejo reclamo de nuestra doctrina, es posibilitar la celebración de un acuerdo entre la entidad habilitada y la empresa infractora, acuerdo que, una vez homologado, también pondrá término a la acción de representación ejercitada para solicitar medidas resarcitorias. G. MORENO CORDERO, “Impacto de las nuevas directrices europeas en las regulaciones españolas sobre protección de los intereses colectivos de los consumidores”, en F. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), G. MORENO CORDERO y O. OLARIU (coords.), *Justicia digital, mercado y resolución de litigios de consumo*, Cizur Menor, Thomson-Reuters/Aranzadi, 2021, pp. 455-478, pp. 466-474.

⁵⁷ S. VOET, ‘European Collective Redress: A Status Question’, *International Journal of Procedural Law*, núm. 4, 2014, pp. 97-128.

20. En el presente estudio evaluaremos tal posibilidad, y para hacerlo, será necesario conocer hasta qué punto nuestras estructuras reguladoras están preparadas para asumir un cambio de paradigma en sus funciones, cosa que haremos valorando sus fortalezas y debilidades. Junto a la potenciación de la reparación reguladora, consideramos igualmente oportuno poner en valor el papel del Defensor del Pueblo sectorial en el mejoramiento del sistema español de protección del consumidor en su conjunto. En este punto nos detendremos en el novedoso diseño que de esta figura acoge la última iniciativa legislativa proyectada para el sector financiero.

21. Nuestra propuesta tiene un amplio sustento en la experiencia comparada y en estudios dogmáticos de gran impacto en este ámbito.

II. Respuesta normativa a las reclamaciones colectivas en España

1. Estado de la cuestión

22. Para tutelar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, el ordenamiento español opta por un modelo descentralizado⁵⁸ caracterizado por su gran dispersión normativa y donde convergen, de un lado, normas sustantivas generales junto a un abanico diverso de leyes sectoriales, y, de otro, normas procesales integradas básicamente en la LEC. En algunas de las referidas leyes generales y sectoriales encontramos referencias puntuales a cuestiones procedimentales sobre acumulación de acciones⁵⁹, la prueba⁶⁰, la publicidad de las sentencias⁶¹ y las reglas de legitimación activa, pero lo cierto es que el único procedimiento habilitado en la actualidad en el Derecho español para el ejercicio de la amplia tipología de acciones colectivas reconocidas en nuestras leyes de protección al consumidor se halla contenido en los arts. 6, 11, 15, 76, 217, 221, 222, 249, 250, 256.6 y 519 LEC.

Fuera del procedimiento colectivo previsto en la LEC, a día de hoy no es posible sostener que nuestro sistema cuente con mecanismos alternativos de tutela colectiva⁶². Ni el mal denominado “arbitraje colectivo” recogido en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo⁶³ (RDAC), ni el contrato de transacción previsto en los arts. 1809 y ss del Código Civil⁶⁴, repre-

⁵⁸ C. GONZÁLEZ CARRASCO y J. CANTERO MARTÍNEZ, *La producción normativa en materia de consumo. Técnica legislativa y regulación sectorial*, Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha y Centro de Estudios del Consumo, 2006, pp.18-28.

⁵⁹ Art. 53 párrafo 5º, con similar alcance el art. 12. 2 segundo párrafo LCGC.

⁶⁰ Art. 8 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (BOE núm. 79, de 1 de abril de 2009).

⁶¹ Así, por ejemplo, el art. 32.2 de la Ley 29/2009, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE núm. 178 de 27 de Julio de 2006).

⁶² Sobre la ausencia de mecanismos RAL para daños masivos en el ámbito del transporte aéreo *vid.* R. RUEDA VALDIVIA, “Orden TMA/201/2022, de 14 de marzo: un paso más hacia la consolidación de la resolución alternativa de litigios de consumo en el transporte aéreo”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 106, 5, 2022, pp. 37-76. Para reclamaciones de consumo en general *vid.* N. MARCHAL ESCALONA, “Las relaciones entre las entidades de RAL de consumo y los sistemas judiciales en las reclamaciones transfronterizas: Especial referencia al proceso europeo de escasa cuantía”, *op. cit.*, pp. 529-531, Id., “El marco regulador en proyecto en España para la resolución alternativa de conflictos: ¿nuevas perspectivas para las reclamaciones de consumo?”, *op. cit.*, pp.149-156.

⁶³ BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2008.

⁶⁴ F. GASCÓN INCHAUSTI, *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2010, pp. 79-89 y 175; J. LÓPEZ SÁNCHEZ, *El sistema de las clases actions en los Estados Unidos de América*, Comares, Granada, 2011, pp. 113-126; A. PLANCHADELL GARGALLO, *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 329 y 338; L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, pp. 220-222; T. ARMENTA DEU, *Reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 38-46; R. GAUDET, ‘Turning blind eye: the Commission’s rejection of opt-out class actions overlooks Swedish, Norwegian, Danish and Dutch experience’, *European Competition Law Review*, núm. 30, 2009, pp.107-117, p. 112; M. CHRISTIAN KRUEHL, and H. PUGGAARD, “Denmark”, en J. S. Feldman and J. E. Anderson (Editors), *Class Actions in the European Union*, London, Law Business Research, 2016, pp. 29-32; M. TURRA and A. CHIMIENTI, ‘Class Actions and Arbitration Procedures Italian’, in J. S. FELDMAN and J. E. ANDERSON (editors), *Class Actions in the European Union*, London, Law Business Research, 2016, p. 183.

sentan una alternativa real a la solución judicial de conflictos colectivos en los términos en que ambas instituciones han sido concebidas por el legislador español⁶⁵, a menos que se produzca un cambio normativo⁶⁶.

23. El hecho de que en España exista una única vía para dar respuesta a los conflictos colectivos y que esa vía sea la judicial, implica, por un lado, la desprotección de los consumidores, al tiempo que presupone que la adaptación que operará en la normativa vigente a través de la trasposición de la Directiva (UE) 2020/1828, tampoco vaya a modificar sustancialmente el *estatus quo* existente, si tenemos en cuenta que la evidencia empírica ha demostrado que los perjudicados no reclaman ante los tribunales por resultar una vía excesivamente gravosa en costes, tiempo y energía invertida frente a las escasas expectativas de éxito⁶⁷.

24. En países de nuestro entorno, según vimos en la parte introductoria, se están produciendo cambios de importante calado en la reparación de daños masivos con resultados muy satisfactorios, que han ido desplazado gradualmente la forma tradicional adversarial de impartir justicia. Se trata de un cambio de proyección del que se ha hecho eco la doctrina científica, cada vez más interesada en justiciar mediante ejemplos sacados de la experiencia práctica lo que está sucediendo a nuestro alrededor.

El panorama descrito impone, en consecuencia, la necesidad reflexionar sobre la posibilidad de adoptar modelos similares en España que respondan de manera más eficiente a la reparación de los daños masivos consumidores y a la regulación del mercado⁶⁸. Y para ejecutarlo, será necesario evaluar la situación actual de nuestras entidades reguladoras, con más razón si cabe, si tenemos en cuenta que España se encuentra entre los primeros países europeos con mayor número de fraudes masivos a los consumidores⁶⁹.

⁶⁵ En el caso del arbitraje colectivo encontramos un ejemplo muy ilustrativo de esta realidad en las reclamaciones de las preferentes a distintas entidades bancarias, pues todas ellas tramitadas a través arbitrajes individuales y no colectivos. G. MORENO CORDERO, "La tutela alternativa en los conflictos colectivos de consumo: directrices del derecho europeo y orientaciones para un nuevo modelo en el sistema español", en *La resolución de conflictos de consumo*, F. ESTEBAN DE LA ROSA, (dir.) y O. OLARIU (coord.), Cizur Menor, Thomson-Reuters/Aranzadi, 2018, pp. 539-563, pp. 548-556.

⁶⁶ Estudios recientes demuestran que en la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno se aprecia una cierta reticencia para asumir la arbitración colectiva, entendiéndose que, las acciones colectivas, por su propia naturaleza no son compatibles con la agilidad, informalidad y bilateralidad del arbitraje, ya que obligaría al árbitro a exigir el cumplimiento de un conjunto de garantías (llamamiento, localización de los miembros de difícil determinación, notificaciones, pruebas...) que chocan con la simplicidad de los procesos arbitrales (A. FERRERES COMELLA y A. LÓPEZ DE ARGUMEDO, "Las limitaciones del sistema de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos dispuesto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. Una propuesta inicial de sistemas", *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. extra 1, 2012, pp. 111-120, p.118-119). Por el contrario, P. BILLIET considera que esta postura podría carecer de fundamento ya que se sustenta en perspectivas mal puestas en relación con el consumidor y olvida que la arbitración de clase constituye una de las formas más efectivas de compensación colectivas que debe ser promovida por el legislador de la Unión Europea de cara a futuras enmiendas. P. BILLIET, *Class Arbitration in the European Union*, Maklu, Anterpen-Apeldoorn-Portland, 2013, pp. 233-235. Esta postura queda respaldada asimismo en la sentencia núm. 09-893, de 27 de abril de 2011 dictada por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América (*As. "AT&T Mobility v. Concepcion"*). Esta idea que ha sido reproducida asimismo en la sentencia de 24 de septiembre de 2014, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (*As. "Club de Golf"*).

⁶⁷ C. HODGES and E. VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, *op. cit.*, pp. 170-176; C. HODGES, 'Collective Redress: The Need for New Technologies', *op. cit.*, pp. 59-90, p. 61.

⁶⁸ G. MORENO CORDERO, "El recurso colectivo de consumo en el sistema español: elementos para la implantación de una nueva tecnología", *op. cit.*, pp. 479-481.

⁶⁹ Los sectores más demandados han sido tradicionalmente las telecomunicaciones, seguido de los bancos y la sanidad privada, si bien tras la pandemia se ha observado un incremento de demandas en la sanidad privada, debido a la negativa de las clínicas privadas a cubrir servicios incluidos en las pólizas de las aseguradoras, así como por la saturación de los servicios médicos. La tendencia al alza se ha apreciado asimismo en el transporte aéreo, que no han querido reembolsar el importe de los vuelos cancelados a causa del estado de alarma. El sector turístico y del ocio ha sido otros de los grandes damnificados por el COVID-19 y donde las reclamaciones vienen mayormente asociadas a la no devolución del importe pagado por los servicios contratados. Según informe de FACUA las compañías de telecomunicaciones, los bancos y la sanidad privada representan el 52,2% de las denuncias interpuestas por los consumidores ante dicha asociación. En el primer semestre de 2019 FACUA se tramitaron 4.896 expedientes de reclamación de 19.090 consultas recibidas. El 24% de estas reclamaciones fueron interpuestas contra empresas del sector de las telecomunicaciones y el 15 % corresponde a las entidades bancarias. Tras la banca se sitúa la sanidad privada con el 13,2%. Las reclamaciones a las compañías de electricidad y gas representan el 7,7 %. Le sigue de cerca el sector del transporte con el 6,5 %, de las cuales, un 6,1 %, corresponden al transporte aéreo. En 2020 el total consultas y

2. Las entidades reguladoras como mejores intermediarios para la reparación de daños colectivos y su intervención coordinada con el Defensor del Pueblo

25. La experiencia comparada ha puesto en valor el papel de las entidades reguladoras tanto en la reparación colectiva como en la modificación del comportamiento del mercado⁷⁰. El papel de las entidades reguladoras se potencia cuando interviene de manera coordinada con el Defensor del Pueblo (*ombudsman*), ya que en el desarrollo de sus funciones el *ombudsman* puede identificar problemas sistémicos que posteriormente pone en conocimiento de los comerciantes infractores y de los propios reguladores para que sean abordados con inmediatez⁷¹.

26. Los motivos por los que las entidades reguladoras son consideradas los intermediarios mejor situados para responder a daños con repercusión masiva son varios. Para empezar, estamos ante intermediarios públicos sin ánimo de lucro que disponen de una amplia gama de poderes (supervisión, control, investigación, de obtención de pruebas, y sancionador), además de estar sujetos a requisitos de transparencia e imparcialidad. Las entidades reguladoras gozan asimismo de independencia, incluso en caso que la empresa infractora fuera una entidad pública y no privada, erradicando así el peligro de que su intervención se vea influenciada por intereses financieros y comerciales a la hora de reclamar daños a los infractores⁷². Estas entidades pueden exigir cambios de comportamiento al empresario infractor a través de órdenes o compromisos que pueden ir desde el cese de la infracción, la adopción de acciones dirigidas a evitar su reiteración o reducir el riesgo y la compensación, hasta la imposición de sanciones.

Según cifra la doctrina, la efectividad del sistema regulatorio responde a que cumplen determinados parámetros de los que carece la vía judicial y algunos mecanismos RAL. Se trata de un proceso integrado en el que se establecen reglas claras de aplicación e interpretación; identifica problemas individuales y sistémicos, así como la causa que los originan; decide sobre los comportamientos cuestionados; cesa la ilegalidad; adopta las acciones necesarias para prevenir que el comportamiento lesivo sea recurrente o la reducción del riesgo de repetición; difunde la información a las empresas, consumidores

denuncias recibidas ha sido de 106.09, una cifra bastante superior a las conocidas hasta ese momento por FACUA. La sanidad pasa a liderar el ranking con un 17,4%. El segundo lugar corresponde al sector del transporte con el 15,3%. Entretanto el sector de las telecomunicaciones ha quedado desplazado a un tercer puesto con un 13,6%. En el cuarto lugar se sitúan las empresas del sector turístico y del ocio y los establecimientos de hostelería. Las empresas del sector financiera pasaron quinto lugar con el 11,7%. Información disponible en: <https://www.reasonwhy.es/actualidad/denuncias-consumidores-facua-2020>.

⁷⁰ A. STADLER considera que la postura seguida por C. HODGES y S. VOET está fuertemente influenciada por la experiencia del Reino Unido y de Bélgica, pero duda que este enfoque funcione bien en otros Estados miembros. En su opinión, los casos de daños masivos deben resolverse ante los tribunales y un ejemplo de cómo los reguladores públicos pueden fallar en idear soluciones adecuadas para las víctimas en un evento de daños masivos ha sido el escándalo de la *Volkswagen*. A. STADLER, 'Optimal instruments for collective redress mechanisms in Europe: What should the national legislator take into account?', en R.S. HANA MÜLLEROVÁ (ed.), *Efficient collective redress mechanisms in visegrad 4 countries: an achievable target?*, Institute of State and Law of the Czech Academy of Sciences, Praha, 2019, 19-55, pp. 24 y 25.

⁷¹ En algunos países el *ombudsman* puede interponer acciones de clase en nombre de los consumidores afectados. En Dinamarca, por ejemplo, el "*Forbrugerombudsmanden*", puede entablar una demanda colectiva en la *Market Court* en nombre de los consumidores afectados y estos pueden optar por no participar en reclamaciones de hasta 270 €, y más allá de ese umbral, solo en base a la participación. En Finlandia, sin embargo, la figura equivalente al defensor del consumidor puede iniciar acciones colectivas ante la *Market Court*, pero no tiene autoridad para negociar pagos de reparación. La *Market Court* puede imponer una orden judicial si la práctica es ilegal, que por lo general puede consistir en una multa, pero no puede imponer sanciones penales ni ordenar la reparación de los daños y los perjuicios individuales de los consumidores afectados. C. HODGES, 'Collective Redress: The Need for New Technologies', *op. cit.*, pp. 63, 64 y 68.

⁷² Las dudas en relación con los conflictos de intereses que se pueden plantear cuando la parte infractora es una empresa estatal o un organismo público han quedado resueltas en el Reino Unido segregando dichas entidades del resto de entidades de la administración pública, pasando a ser gobernadas por una junta independiente que exige de ellas una intervención transparente acorde con los parámetros y los procedimientos preestablecidos. Estas entidades están sometidas además a la supervisión de una comisión parlamentaria. *Ibidem*, p. 23. Otras voces consideran, por el contrario, que los reguladores públicos son vulnerables a la influencia del gobierno, del mismo modo que las entidades privadas y los particulares son susceptibles de la influencia de abogados y de terceros financiadores. A. STADLER, 'Optimal instruments for collective redress mechanisms in Europe: What should the national legislator take into account?', *op. cit.*, p. 25.

y a otros mercados, repara el daño; sanciona, controla y supervisa de manera continua el problema y enmienda las reglas⁷³.

El cumplimiento de estos criterios ha llevado a la doctrina a defender la inserción de los sistemas de resolución de litigios en las entidades regulatorias, al tratarse de sistemas sofisticados dirigidos a identificar los problemas mediante la agregación de datos para conseguir cambios en el comportamiento y la cultura ética de los empresarios⁷⁴.

Una de las más señaladas funciones de las entidades reguladoras es que en un período corto de tiempo pueden reparar el daño a los consumidores afectados a través acuerdos con el comerciante o empresario infractor, sin que sea necesario presentar ninguna reclamación (acción colectiva) ni recurrir a un procedimiento. Estos acuerdos serán posteriormente aprobados bien ante un tribunal o ante un organismo independiente, como puede ser una entidad RAL. Su rápida intervención contribuye decisivamente a la regulación del mercado interior, dado que al tiempo que garantiza que los consumidores perjudicados recuperen lo perdido con inmediatez, impide, por otro lado, que los infractores obtengan beneficios económicos a causa de su mala praxis⁷⁵. Los acuerdos entre las entidades regulatorias y el comerciante infractor son utilizados con éxito en el Reino Unido⁷⁶, Dinamarca, Países bajos, Holanda⁷⁷, Italia⁷⁸, Portugal y Suecia, aunque su diseño presenta algunos matices diferenciadores en cada uno de ellos.

27. Los reguladores pueden también alentar a las empresas infractoras a que ofrezcan esquemas de reparación colectivos a los consumidores mediante la concesión de un período de tiempo para que acuerden voluntariamente con sus víctimas una compensación. De alcanzarse un acuerdo, este será controlado posteriormente por la autoridad en atención a las circunstancias del caso⁷⁹. Las propias empresas podrán incluso ofrecer esquemas de reparación voluntaria, sin la intervención directa de los poderes reguladores, aunque los reguladores podrán involucrarse en las discusiones sobre su idoneidad. En circunstancias complejas que involucran a un gran número de potenciales perjudicados, y donde existe mayor incertidumbre sobre quiénes tienen derecho y qué cantidad de dinero ha de pagarse a cada uno de ellos, los reguladores podrán adoptar una orden o acuerdo donde se establezcan los parámetros del esquema de reparación o dejar ciertos aspectos para resolverlos en una resolución posterior. Tras culminar la investigación, los reguladores también podrán interrumpir la ejecución de la resolución antes de imponer una sanción a la empresa infractora, con la finalidad de establecer un tiempo de espera para proponer técnicas de estímulo preventivo. Dicha entidad, podrá igualmente evaluar las circunstancias

⁷³ C. HOGGES y S. VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, op. cit., pp. 5 y 6.

⁷⁴ C. HODGES, “El enfoque holístico del acceso a la justicia en la resolución de litigios de consumo”, op. cit., p. 23.

⁷⁵ C. HODGES, ‘European Competition Enforcement Policy: Integrating Restitution and Behaviour Control’, *World Competition*, núm. 34, 2011, pp. 385-396.

⁷⁶ En el Reino Unido desde el 2012.

⁷⁷ En sistema de transacción de acciones colectivas holandés («*Wet collectieve afhandeling massaschade*», WCAM, ley aprobada el 27 de julio de 2005), que permite al emisor proponer y celebrar una transacción con una entidad —normalmente una asociación creada al efecto— que se erige en representante de los inversores afectados por un hecho dañoso ocasionado por la conducta de aquel primero y cuya eficacia. La ley incluye la previsión de que el juez deba rechazar la transacción si (i) el importe de la indemnización ofrecida no es razonable; (ii) no existe garantía suficiente de que el obligado al pago dispone de liquidez suficiente para atenderlo; (iii) no se determina con exactitud el montante indemnizatorio que se abonará a cada representado —o los criterios para calcularlo—; (iv) la asociación que se erige en representante no es suficientemente representativa de los inversores afectados; (v) el número de inversores representados no es suficientemente grande como para justificar una transacción en masa mediante un acuerdo vinculante; (vi) la entidad a la que se atribuye el pago de la indemnización correspondiente no es parte en el acuerdo transaccional que se propone, y (vii), en fin, el contenido del acuerdo no reúne una serie de requisitos sustantivos y formales exigidos en la propia ley. En mi opinión, el caso holandés debería ser tomado en consideración en una eventual reforma de nuestra regulación sobre tutela colectiva. Vid. M.J. VAN DER HEIDJEN, “Class Actions/les actions collectives”, *Electronic Journal of Comparative Law*, op. cit., pp. 1-17.

⁷⁸ La AEEGSI, autoridad reguladora de la electricidad, gas y agua en Italia, puede requerir a las empresas a realizar pagos automáticos de compensación a los clientes cuando los estándares de calidad configurados por el regulador se han quebrantado por interrupciones del suministro eléctrico. Por su parte, la Banca d'Italia emitió en 2014 dos órdenes de reparación por errores en el cálculo de intereses por valor de 118, 506, 000 €. C. HODGES y S. VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, op. cit., pp. 170-176; C. HODGES, ‘Collective Redress: The Need for New Technologies’, op. cit., p. 64.

⁷⁹ En el caso de Francia, la Autoridad del Mercado Financiero (*Autorité des Marchés Financiers*). Vid. C. HODGES, ‘Collective Redress: The Need for New Technologies’, op. cit., p. 64.

atenuantes relacionadas con la conducta del infractor a efectos de reducir la sanción pecuniaria, siempre que aquel hubiera tomado alguna medida para reparar voluntariamente a los afectados⁸⁰.

28. El *ombudsman*⁸¹, por su parte, resuelve reclamaciones con repercusión masiva en diferentes sectores del mercado⁸² (seguros, transporte, energía, servicios financieros, comunicaciones y correos) y puede adoptar distintos modelos. El *ombudsman*, no es técnicamente una entidad RAL, ya que, además de la resolución de ligios, realiza otro grupo de funciones diferentes⁸³. En algunos casos, el *ombudsman* se desempeña dentro de una estructura de arbitraje enfocada a resolver casos individuales. En otros, lo hace cursando distintas iniciativas mediante técnicas de resolución en secuencia altamente eficientes para resolver reclamos masivos, si bien, en uno u otro caso, su efectividad va depender de la evaluación de los casos como triaje (*trier*), de la recopilación de la información necesaria de las partes implicadas para explorar la posibilidad de que estas lleguen a un acuerdo, así como de la utilización de técnicas que proporcionen a los consumidores información sobre sus derechos⁸⁴.

29. Por citar un ejemplo del impacto de esta figura en el Reino Unido, baste señalar aquí que en 2018 más de dos millones de consumidores recurrieron a los principales Defensores del Pueblo para resolver sus conflictos, frente a los dos millones de casos de todo tipo iniciados ante los Tribunales. En lo esencial, ello responde a dos concretos parámetros: el reducido tiempo que emplean para la resolución de estas disputas frente a la lentitud de los tribunales, y a que en su gran mayoría son procedimientos gratuitos⁸⁵.

⁸⁰ En un caso Ofgem (entidad reguladora de la energía en el Reino Unido) decidió no abrir una investigación formal sobre Co-Operat Energy, pero sí se comprometió con la empresa para supervisar los pasos dados para restablecer los niveles de servicio a los clientes. Ofgem ha acordado paquetes de compensación con entidades infractoras que incluyen compensaciones a organizaciones benéficas para ayudar a los consumidores de energía con dificultades financieras y aceptó una oferta de una empresa de energía para invertir £ 4.5 millones con la finalidad de eliminar a clientes vulnerables, lo que supuso una importante reducción de una multa por incumplimiento. En otro asunto, Ofcom (entidad reguladora de la radiodifusión en el Reino Unido), detectó que GMTV violaba algunas disposiciones del Código de Radiodifusión sobre la duración de los concursos y la falta de claridad en las reglas del premio. En este caso Ofcom impuso una multa de £ 2,000,000 y reconoció que la sanción financiera habría sido mayor si GMTV no hubiera implementado un programa tan extenso de reparaciones y remedios. GMTV cooperó voluntaria y plenamente con la investigación realizada por Ofcom y tomó medidas exhaustivas para remediar las consecuencias de las infracciones, entre ellas: la renuncia de altos directivos (Director Gerente y el Jefe de Competencias); se filtraron fondos a través de 25 millones de entradas (que era un número mucho mayor que el número de personas que en realidad habrían sido privadas de sus derechos); publicaron el reembolso en los periódicos nacionales y regionales; incluyeron 250 nuevos sorteos de premios gratuitos para todos los participantes afectados por un valor de £ 25 millones; e hicieron una donación de £ 250 mil a una organización benéfica para niños En Italia, con la finalidad de evitar o reducir las sanciones de la AEEGSI por fracción de las reglas, se permite a los comerciantes proponer la resolución de procedimientos regulatorios dirigidos a la imposición de sanciones si estos proponen una compensación económica u otra medida a favor de clientes afectados por la infracción. En 2014 se compensaron a través de este mecanismo a 86.000 clientes a razón de 25 € por cada afectado. C. HODGES y S. VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, op. cit., pp. 170-174, 197-204 y 208-210.

⁸¹ Los países del norte de Europa fueron los primeros en aplicar el concepto moderno del Defensor del Pueblo, con el objetivo de proteger a los ciudadanos con respecto a los servicios prestados por los Gobiernos. En América Latina, los sistemas del Defensor del Pueblo incluyen investigaciones y sentencias oficiales y oficiosas por el encargado del caso de una autoridad pública independiente que investiga las reclamaciones y propone o impone una solución. Uno de sus puntos fuertes es que están mejor informados y son más conscientes de las condiciones del mercado y los derechos de los consumidores que la mayoría de los jueces ordinarios. El Servicio del Defensor Financiero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte es un buen ejemplo de esos sistemas. Véase Nota de la Secretaría de la UNCTAD, de 3 de abril de 2018: "Solución de controversias y compensación", p. 6.

⁸² En el Reino Unido el *ombudsman* puede operar en distintos sectores a partir de quejas y reclamaciones y es una práctica que se relaciona regularmente con los comerciantes para reducir la incidencia de las quejas y conocer sus causas.

⁸³ C. HODGES, "El enfoque holístico del acceso a la justicia en la resolución de litigios de consumo", op. cit., p. 182.

⁸⁴ Tal es el caso de los Defensores del Pueblo de la energía y de las telecomunicaciones en Bélgica (y el *ombudsman* financiero italiano y francés que han contribuido de forma significativa a la supervisión del sistema bancario en dichos países. C. HODGES and S. VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, op. cit., pp. 211-260; C. HODGES, 'Collective Redress: The Need for New Technologies', op. cit., p. 68.

⁸⁵ Para los Tribunales del Condado en el último trimestre de 2018 los tiempos medios para reclamaciones de menor cuantía fueron de 34,4 semanas, mientras las reclamaciones "rápidas" y de "múltiples vías" tardaron 57,7 semanas. C. HODGES, "El enfoque holístico del acceso a la justicia en la resolución de litigios de consumo", op. cit., p. 196.

III. La reparación regulatoria de daños masivos y el *ombudsman* en el sistema español

1. Entidades reguladoras

30. España cuenta en la actualidad con cuatro las entidades reguladoras: el Banco de España⁸⁶, la Comisión Nacional del Mercado de Valores⁸⁷ (CNMV), la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones⁸⁸ (DGSFP) y la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia⁸⁹ (CNMC).

Estas entidades fueron creadas para regular aquellos sectores que ofrecen servicios básicos a los ciudadanos (financiero, energía, comunicaciones, transporte, entre otros), con el objetivo de corregir las imperfecciones del mercado y evitar reiteraciones en el comportamiento de las empresas.

31. Una evaluación de las estructuras y funciones de las entidades reguladoras en España arroja que todas ellas cuentan con las estructuras requeridas y están apertrechadas de los poderes necesarios para incorporar la reparación colectiva en el marco de las múltiples funciones que desarrollan (supervisión, inspección, consultiva, resolutive, potestad sancionada, seguimiento de las medidas impuestas a las personas, etc...). Dichas entidades gozan, además, de total independencia, operan bajo rigurosas reglas de transparencia e imparcialidad y son objeto de control estatal.

32. Sin embargo, una nota común a nuestras entidades reguladoras es que la mayoría de sus resoluciones van dirigidas a proteger el interés general, pero no el individual, en la medida que reprime la infracción cometida, pero sin implicación reparadora para el consumidor o usuario afectado, hecho que les obliga a judicializar las reclamaciones para conseguir la reparación⁹⁰.

Un ejemplo ilustrativo de esta importante debilidad de nuestro sistema se localiza en el ámbito de la competencia desleal, donde gran parte de las resoluciones culminan con una multa como castigo a la entidad por conducta desleal, sin que sus pronunciamientos tengan repercusión económica alguna en los consumidores afectados, siquiera en los casos en que se ha llegado a constatar algún perjuicio económico.

33. Este tipo de comportamiento ha quedado reflejado en la Resolución del procedimiento sancionador de 16 de julio de 2020, incoado por el director de energía contra Holaluz-Clidom, S.A⁹¹, por

⁸⁶ Regido por la Ley 13/994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España (*BOE* núm. 134, de 5 de junio de 2013).

⁸⁷ Se trata de un ente de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada de acuerdo con el art. 16 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (LMV), aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (*BOE* núm. 255, de 24 de noviembre de 2015). Modificado por el Real Decreto-ley 14/2018, de 28 de septiembre (*BOE* núm. 236, de 29 de septiembre de 2018).

⁸⁸ La DGSFP es un órgano administrativo que depende de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, adscrita al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, según establece el Real Decreto 403/2020, de 25 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (*BOE* núm. 50, de 27 de febrero de 2020).

⁸⁹ Creada mediante Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (*BOE* núm. 134, de 5 de junio de 2013).

⁹⁰ Téngase presente que nuestro ordenamiento carece en la actualidad de capacidad procesal para hacer frente a acciones colectivas de reparación con efecto *ultra partes*, puesto que solo son admitidas las acciones individuales o, a lo sumo, su acumulación a la acción colectiva de cesación. Las limitaciones en la interpretación de las acciones de reparación se aprecian en la Sentencia de 31 de octubre de 2016 del Tribunal Constitucional, al considerar que esta disposición no ampara una tutela colectiva accesoria de reparación o de indemnización, sino que autoriza la acumulación de acciones patrimoniales individuales a la acción de cesación colectiva, si dichos afectados hubieran aceptado expresamente la representación de la asociación de consumidores y usuarios que los representó en la acción principal. En igual dirección se pronunció el Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, en la sentencia de 16 de febrero de 2017, en la que se declaró la nulidad de las cláusulas contractuales con por abusivas (participación en las preferentes de Caja Madrid). A. FERRERES COMELLA, "Algunas pautas para regular adecuadamente las acciones colectivas, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, núm. 45, 2017, pp. 23-35, pp. 24-30. Esta carencia deberá superarse vía de la trasposición de la Directiva (UE) 2020/1828, a efectos de que se habilite tanto la posibilidad de ejercer acciones individualizadas de reparación en base a una acción colectiva de cesación como acciones colectivas que conduzcan a una resolución con efecto *ultra partes*. G. MORENO CORDERO, "El impacto de las nuevas directrices europeas en las regulaciones españolas sobre daños masivos a los consumidores", *op. cit.*, p. 449.

⁹¹ Resolución disponible en, https://www.cnmc.es/sites/default/files/3051636_0.pdf

posible vulneración del derecho de los consumidores a elegir su suministrador y a formalizar un contrato de acceso con la empresa suministradora de electricidad de la referida empresa. La supervisión llevada a cabo en este expediente puso de manifiesto que el sistema web de contratación de dicha empresa permitía con facilidad que cualquier persona cambiara el contrato a otra entidad, simplemente seleccionando uno entre varios domicilios, sin que el sistema opusiera impedimento alguno⁹².

El asunto culminó con una sanción decretada por la Sala de Competencia de la CNMV consistente en una multa de 75.000 euros por la comisión de una infracción grave prevista en el art. 69⁹³ de la Ley 14/2013, del Sector Eléctrico⁹⁴, pero los consumidores afectados no recibieron compensación alguna por la referida infracción.

Otras de las debilidades detectadas en el funcionamiento del sistema regulatorio español es que en no todos los casos existen reglas claras y comprensibles para el cliente sobre el acceso a la información para interponer una queja o reclamación, lo que evidencia que no basta que las plataformas *web* pongan a disposición del consumidor los procedimientos habilitados para interponer una queja o reclamación, sino que lo verdaderamente importante es que esa información sea lo suficientemente comprensible para que las personas que deseen reclamar lo hagan sin tener que recurrir a la ayuda de un abogado. A ello coadyuvará decisivamente la habilitación de procedimientos sencillos y fácilmente comprensibles para cualquier destinatario⁹⁵, y cuando ello no sea posible, se deberá garantizar un asesoramiento continuado para llevar a buen puerto la reclamación⁹⁶.

En el mismo registro de razonamiento se aloja, por un lado, la necesidad de garantizar un asesoramiento adecuado a aquellas personas imposibilitadas de acceder a la información disponible en la *web*, bien porque no tenga acceso a internet o simplemente porque no comprenda la información proporcionada *online*. Junto a ello se impone la necesidad de dar publicidad a las resoluciones sancionadoras, dado que resulta vital que los consumidores conozcan las irregularidades en las que ha incurrido la empresa y la cuantía a la que asciende la sanción⁹⁷.

⁹² La CNME considera en este caso que la conducta evaluada no es un cambio de suministrador sin consentimiento –considerado en otras resoluciones de la CNMC como una conducta típica cubierta por la infracción leve prevista en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013–, sino la vulneración de la libre elección por parte de los consumidores de su suministrador y el correspondiente derecho a la formalización de un contrato de suministro con la empresa de su elección mediante, al imponer un sistema de contratación online defectuoso. Por tanto, no es el cambio de suministrador sin consentimiento por CUPS cruzados el que tipifica la conducta sancionada, sino el diseño y mantenimiento de una página web para la contratación que permitía la contratación en nombre de otro, así como la falta de controles mínimos por parte de CLIDOM para evitar la consolidación de los posibles errores, salvo que alguno de los consumidores afectados se lo indicaran, como la propia compañía reconoce en su escrito de 10 de julio de 2019. Con ello, dejaba en manos de terceros la posibilidad de que un consumidor, sin saberlo, fuera cambiado de suministrador.

⁹³ Según esta norma dispone constituye una infracción grave: “*El incumplimiento por parte de las empresas comercializadoras de electricidad [...] de la aplicación de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente ley y su normativa de desarrollo, en especial, las relativas a los consumidores vulnerables*”.

⁹⁴ BOE núm. 39, de 27 de diciembre de 2013.

⁹⁵ Un ejemplo de procedimiento complejo en el contexto español lo encontramos en el sector financiero.

⁹⁶ En el ámbito financiero aparece que se dará un salto significativo en esta dirección, de ser aprobado el Proyecto de Ley de creación de la Autoridad administrativa independiente de Defensa del cliente financiero. En la exposición de motivos de esta norma reclama que sean garantizado el principio de atención personalizada a colectivos más vulnerables (en concreto, de aquellas personas aquellas que presentan más riesgo de exclusión digital y financiera a causa de su con edad avanzada, del nivel de competencias digitales, de las rentas que perciban o por el hecho de residir en municipios de menor tamaño, entre otros). A estos colectivos se les asegurará canales presenciales adaptados y accesibles a sus circunstancias personales a la hora de presentar la reclamación para la interposición de reclamaciones, o un servicio de asistencia telefónica o telemática para ser atendido de manera personalizada.

⁹⁷ En 2018 FACUA denunció en su web las reducidas cuantías impuestas a los infractores y la opacidad al respecto por parte de las administraciones de consumo, al reconocer que ninguna Comunidad Autónoma hace públicas todas sus resoluciones sancionadoras para que los consumidores conozcan qué irregularidades han cometido determinadas empresa y advierte que el secretismo sobre las sanciones redundaba en los intereses del consumidor, que se ve desprovisto de información sobre la ilegalidad de prácticas que puede estar padeciendo y que tiene derecho a reclamar. <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=13510>. En cuanto al monto de las sanciones la cuestión parece haberse revertido en 2021, según reconoce propia organización en su página web, por la denuncia interpuesta en febrero de 2021 contra Energy GO, comercializadora eléctrica de Yoigo, tras comprobar que en su página web la eléctrica informaba por defecto de las tarifas sin añadir los impuestos indirectos, y para poder conocer el precio final (impuestos incluidos) los usuarios debían seguir una serie de pasos. La Administración balear consideró que la compañía cometió dicha infracción al “*ofrecer servicios, aparentemente ventajosos para el consumidor, omitiendo y/o*

2. Necesidad de implementación de la figura del *ombudsman*

Una carencia de señalada relevancia para ser considerada dentro de la perspectiva española es que en el ámbito del consumo no existe una figura asimilable al *ombudsman*, si tomamos como punto de referencia la concepción que de esta figura se tiene en el Reino Unido, Bélgica y Alemania, por citar algunos ejemplos⁹⁸. Por ello sería deseable que nuestro ordenamiento incorpore una figura con este potencial, sobre todo por el plus de garantía que la misma proporciona cuando actúa de manera coordinada con las entidades reguladoras.

Es cierto que el legislador español ha considerado dentro de las estructuras reguladoras de las entidades financieras la figura del defensor del cliente, pero, como inmediatamente se verá, esta figura no es en modo alguno asimilable al *ombudsman*.

El régimen jurídico del defensor del cliente se encuentra regido por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero⁹⁹ y en la 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 financieras¹⁰⁰. Según la Orden ECO/734/2004, las entidades financieras podrán designar un defensor del cliente, quien además estará facultado para prestar sus servicios en varias entidades a la vez¹⁰¹.

Como defensor del cliente se podrá designar a cualquier persona o entidad de reconocido prestigio en el ámbito jurídico, económico o financiero¹⁰² ajena a la organización de la entidad de crédito para la que presta sus servicios, quien deberá actuar con independencia de dicha entidad y con plena autonomía en cuanto a los criterios y directrices a aplicar en el ejercicio de sus funciones¹⁰³.

silenciando condiciones esenciales del contrato (precio final, condiciones, condiciones de ejercicio...) o exponiéndolas de forma parcial, impidiendo al consumidor conocer el alcance real y final de la oferta", para la que propuso una sanción provisional de 24.000 euros, que es la cuantía máxima para este tipo de infracciones establecida en su ley autonómica de protección de los consumidores. <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=16721>

⁹⁸ Los países del norte de Europa fueron los primeros en aplicar el concepto moderno del Defensor del Pueblo, con el objetivo de proteger a los ciudadanos con respecto a los servicios prestados por los Gobiernos. En América Latina, los sistemas del Defensor del Pueblo incluyen investigaciones y sentencias oficiales y oficiosas por el encargado del caso de una autoridad pública independiente que investiga las reclamaciones y propone o impone una solución. Uno de sus puntos fuertes es que están mejor informados y son más conscientes de las condiciones del mercado y los derechos de los consumidores que la mayoría de los jueces ordinarios. El Servicio del Defensor Financiero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte son buenos ejemplos de la efectividad de esta figura. Véase Nota de la Secretaría de la UNCTAD, de 3 de abril de 2018: "Solución de controversias y compensación", p. 6.

⁹⁹ BOE núm. 281, de 23 de noviembre de 2002.

¹⁰⁰ (BOE núm. 72, de 24 de marzo de 2004). Estas normas son el resultado del mandato contenido en el art. 31 Ley 44/2002 que designa al Ministro de Economía como el encargado de establecer los requisitos que deben regir la actuación del departamento o servicio de atención al cliente y el defensor del cliente, así como el procedimiento a que serán sometidas las reclamaciones que ante los mismos de establezcan. La norma establece además algunas exigencias comunes al servicio de atención al cliente y al defensor del cliente que deben ser consideradas por el Ministerio de Economía en las futuras normas de desarrollo: a) que sea garantizada la independencia en su intervención mediante la adopción de medidas que impidan la participación de sus integrantes en el resto de servicios comerciales u operativos de estas entidades; b) tanto el reglamento de funcionamiento o como las características de este servicio debe ser sometido a verificación administrativa; y c) que se incluyan en la memoria anual de estas entidades los aspectos más destacados de la actuación del departamento o servicio de atención al cliente y del defensor del cliente durante un ejercicio.

¹⁰¹ El Reglamento de funcionamiento será aprobado por cada entidad o grupo y regulará la actividad del departamento o servicio de atención al cliente y del defensor del cliente, así como las relaciones entre ambos. El organismo que tenga legalmente atribuida la competencia de control e inspección de la entidad que ha elaborado el reglamento será quien verifique si su contenido se ajusta a lo dispuesto en la normativa aplicable. El reglamento será aprobado por el Consejo de administración u órgano equivalente de cada entidad y, en su caso, por la Dirección general de la sucursal, y podrá ser posteriormente ratificado por la junta o asamblea general u órgano equivalente y comunicada al Comisionado o Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros y a la autoridad o autoridades supervisoras que correspondan a su actividad (art. 8 de la Orden).

¹⁰² Concorre honorabilidad comercial y profesional en quienes hayan venido observando una trayectoria personal de respeto a las leyes mercantiles u otras que regulan la actividad económica y de los negocios, así como las buenas prácticas comerciales y financieras (art. 5).

¹⁰³ Las entidades financieras a través de sus correspondientes páginas web, oficinas físicas o por otras vías -postal o electrónica-, deberán poner a disposición de sus clientes las direcciones de los defensores del cliente, los reglamentos que regulan su funcionamiento (contenido de reglas claras y precisas), la normativa de transparencia y protección que afecta a dichos clientes, qué asuntos corresponden al servicio de atención al cliente y cuáles competen al defensor. Y en caso de que ambos organismos

Entre las funciones atribuidas al defensor de cliente financiero está la recepción, tramitación y resolución de quejas y reclamaciones presentadas por los clientes de las entidades bancarias que vengan relacionadas con sus buenas prácticas y usos, pudiendo incluso acordar la continuidad del procedimiento, aunque el interesado haya desistido. El defensor del cliente será además quien decida si la queja o la reclamación es o no admitida a trámite. En caso de desestimación, notificará su decisión a ambas partes, y de ser estimada, procurará llegar a un acuerdo con las mismas. A falta de acuerdo, se adoptará una resolución equitativa en un plazo de dos meses.

Si la resolución contempla una compensación económica por parte de la entidad infractora, será tarea del defensor del cliente establecer la cuantía (normalmente sujeta a determinados montos), y el plazo en que esta deberá abonarse. La resolución favorable al cliente será vinculante para la entidad si el cliente la acepta. Y si fuera desfavorable al mismo o si no se admitiese a trámite la reclamación, éste podrá acudir a las instancias administrativas (Servicios de reclamaciones del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de la Dirección General de Seguros y Fondo, según se trate)¹⁰⁴, a las arbitrales (Junta Arbitral de Consumo de su comunidad, en caso de que la entidad financiera esté adscrita a este sistema de arbitraje) o a las judiciales (art. 7)¹⁰⁵.

Como se observa, el defensor del cliente, al igual que los servicios de atención al consumidor, desarrollan una importante labor en orden a la protección del consumidor financiero, al tratarse de instituciones especializadas que colaboran en la identificación de problemas sistémicos dentro de sus propias estructuras. Esta función es desempeñada mediante la utilización parámetros propios (funciones y procedimientos) que detectan los fallos y deficiencias en las que incurren las entidades financieras, a través de quejas y reclamaciones de sus clientes, que resuelven de forma rápida y sin costes para el consumidor.

Sin duda, la intervención del defensor del cliente financiero en la resolución de conflictos en este sector contribuye a mejorar los estándares de calidad del cliente. Pero, a diferencia del servicio de atención al cliente, no se trata de una figura obligatoria para las entidades financieras, aunque la mayoría de ellas suelen contemplarlo. A ello se suma que a partir de la entrada en vigor de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre de trasposición de la Directiva 2013/11/UE¹⁰⁶, estos intermediarios no podrán acreditarse como entidades de RAL, al clasificar dentro de sujetos empleados o retribuidos por la empresa reclamada, a menos que sean empleados o retribuidos exclusivamente por una organización profesional o por una asociación empresarial y acrediten un presupuesto independiente, específico y suficiente para el cumplimiento de sus funciones (art. 25).

se ocupen del mismo tipo de quejas y reclamaciones, la entidad debe especificar si tras la decisión del servicio de atención, el cliente puede reclamar ante el defensor correspondiente, que es lo más habitual. El reglamento establece la obligatoriedad a los departamentos y servicios de atención al cliente y a los defensores del cliente, de presentar informe anual explicativo del desarrollo de su función durante el ejercicio precedente, cuyo resumen se integrará en la memoria anual de las entidades. El informe será presentado al consejo de administración u órgano equivalente o ante la dirección general de la sucursal dentro del primer trimestre de cada año y deberá contener: a) resumen estadístico de las quejas y reclamaciones atendidas, con información sobre su número, admisión a trámite y razones de inadmisión, motivos y cuestiones planteadas en las quejas y reclamaciones, y cuantías e importes afectados; b) resumen de las decisiones dictadas, con indicación del carácter favorable o desfavorable para el reclamante; c) criterios generales contenidos en las decisiones; y d) recomendaciones o sugerencias derivadas de su experiencia, con vistas a una mejor consecución de los fines que informan su actuación.

¹⁰⁴ Los comisionados son una suerte de tercera instancia de reclamación creada por el Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de estos comisionados y en la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, que regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los Servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondo (BOE núm. 281, de 22.11.2012), cuyo propósito ha sido mejorar la eficacia del funcionamiento de los servicios de reclamaciones. *Vid.* R. MARIMÓN DURÁ, “La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, en V. CUÑAT EDO (dir.), *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias, Estudios de derecho judicial*, núm. 55, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 213-264.

¹⁰⁵ *Vid.* A.I. BLANCO GARCÍA, “El ombudsman bancario: una protección especial y alternativa del consumidor financiero, pero una utopía en países de américa latina”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 18, 2016, pp. 128-134.

¹⁰⁶ BOE, de 4 de noviembre de 2017.

Con esta medida se pretende garantizar el principio de independencia e imparcialidad de tales entidades¹⁰⁷. En consecuencia, las dudas que hoy sobrevuelan en torno al defensor del cliente financiero no quedarán saldadas hasta que la nueva regulación pendiente de desarrollo en vea la luz¹⁰⁸.

3. La creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente como principal novedad del sistema RAL español

34. El Consejo de Ministros aprobó el pasado 5 de abril de 2022 el Anteproyecto de Ley de Creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero (ALCADCF), dejando abierto un período de audiencia e información pública. Con la aprobación de ALCADCF se dará cumplimiento a los requerimientos establecidos en la Disposición adicional primera (DA 1.^a) de la Ley 7/2017, en la que se establecen algunas cautelas al régimen general que afectan a los procedimientos RAL en el sector financiero.

35. El ALCADCF tiene un doble objetivo. Por un lado, crear la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero (ADCF) y establecer un sistema RAL para responder a las controversias surgidas entre entidades financieras y sus clientes por incumplimiento de las normas de conducta, buenas prácticas y usos financieros o el abuso de cláusulas contractuales¹⁰⁹; y, por otro, impulsar la educación financiera en torno a la responsabilidad en la contratación mediante la generación de contenidos, guías y otras actuaciones (art. 1 y disposición adicional primera). De esta forma se pretende aumentar la protección de los clientes financieros, la seguridad jurídica en el ámbito de las normas de conducta que deben observar tales entidades, así como contribuir a la extensión de prácticas comunes en las relaciones de las entidades financieras con sus clientes, a efectos de fortalecer la transparencia, propiciar la inclusión financiera de los colectivos vulnerables y la competencia en la calidad del servicio prestado.

36. El Anteproyecto de Ley introduce algunos cambios de calado en el sistema actualmente vigente. En primer lugar, opta por conservar el servicio de atención al cliente y el defensor del cliente financiero (primera instancia). En segundo lugar, introduce como novedad que los servicios de reclamaciones sectoriales existentes en el ámbito financiero pasen a ser asumidos por la ADCF, si bien exigiendo como condición previa para que la reclamación sea admitida y tramitada ante la ADCF, que el cliente acredite haber presentado una reclamación ante el servicio de atención al cliente o el defensor del cliente correspondiente a la entidad financiera contra la que se interponga la reclamación (art. 32.1) y que la misma haya sido inadmitida, desestimada total o parcialmente, o que haya transcurrido el plazo de un mes desde la fecha de su presentación sin que haya sido resuelta, o quince días hábiles, cuando la

¹⁰⁷ Vid. F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Desafíos de la contratación electrónica para los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo: radiografía de una transformación necesaria”, *VLEX*, diciembre-2018, pp. 42-59, p.11; Id., “El sistema español de resolución alternativa de litigios de consumo y la nueva Ley 7/2017, de 2 de noviembre”, *op. cit.*, p. 92.

¹⁰⁸ Hasta que entre en vigor la ley a la que alude la Disposición adicional primera (DA 1.^a) de la Ley 7/2017 -por la que se establecen algunas cautelas al régimen general que afectan al futuro procedimiento RAL que se articule en el ámbito financiero-, los servicios de reclamaciones regulados en el art. 30 de la Ley 44/2002, deben acomodar su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la Ley 7/2017, en especial para garantizar su independencia organizativa y funcional en el seno del organismo donde están incardinados, con el fin de poder ser acreditados como entidad de resolución alternativa de litigios. A este respecto se plantean dudas en relación con la figura acreditación del defensor de cliente como entidad RAL, que en este ámbito opera junto a los servicios de reclamaciones de las entidades financieras. Vid. F. Esteban de la Rosa, “Desafíos de la contratación electrónica para los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo: radiografía de una transformación necesaria”, *op. cit.*, pp. 42-59, p.11; G. MORENO CORDERO, “El recurso colectivo de consumo en el sistema español: elementos para la implantación de una nueva tecnología”, *op. cit.*, p. 499.

¹⁰⁹ En la DA1.^a de la Ley 7/2017 se ordena la creación por ley de una única entidad con competencias para la resolución de litigios de consumo en el sector financiero y obliga a las entidades financieras a participar en los procedimientos ante dicha entidad de resolución alternativa de litigios o ante cualquier entidad RAL acreditada para dar cobertura a reclamaciones de consumo en todos los sectores económicos.

reclamación verse sobre servicios de pago (art. 32.2)¹¹⁰. Sobre esta última exigencia téngase en cuenta que la fuente financiación de ADCF se constituirá a partir de las aportaciones realizadas por las propias entidades reguladoras, que quedarán obligadas a abonar 250 euros por cada reclamación interpuesta. De esta forma se incentivará a que las entidades resuelvan las reclamaciones de sus clientes de forma amistosa, antes de que estos acudan a la ADCF (segunda instancia).

Otra de las novedades significativas que aporta el Anteproyecto es que las resoluciones que adopte la ADCF tendrá carácter vinculante para las entidades financieras solo cuando la cuantía de la reclamación sea inferior a 20.000 euros (art. 42. 2)¹¹¹. Contra tales resoluciones no cabe recurso de reposición, pero sí queda abierta la posibilidad de que cualquiera de las partes tenga ocasión de recurrir ante la jurisdicción contenciosa-administrativa (art. 43).

Cuando el importe de la reclamación sea igual o superior a 20.000 euros, las resoluciones no vincularán a ninguna de las partes, pero en caso que la resolución fuera desfavorable para la entidad, esta deberá comunicar expresamente la aceptación o no de la resolución, en el plazo de 30 días contados desde la notificación. De ser aceptada la resolución, la entidad deberá justificar documentalmente la rectificación de su situación con el cliente, caso contrario, deberá razonar motivadamente su decisión (art. 42. 3).

La ADCF gozará asimismo de potestad sancionadora respecto de clientes que hayan interpuesto la reclamación con temeridad o mala fe, pudiendo imponer multas al reclamante de hasta los 1.000 euros.

Finalmente, es importante señalar que en las resoluciones adoptadas por la ADCF se podrá fijar una indemnización a favor del reclamante (art. 42.1).

37. En orden a la reparación de los daños masivos, el ALCADCF contiene dos disposiciones de especial relevancia. La primera, prevista en el apartado tercero del art. 36, reconoce legitimación activa a las asociaciones y organizaciones representativas de legítimos intereses colectivos de los clientes o potenciales clientes de entidades financieras para emprender este tipo de reclamaciones, siempre que tales intereses resulten afectados y dichas entidades estén legalmente habilitadas y reúnan los requisitos establecidos en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias o en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.

En principio, y a la espera de un desarrollo reglamentario que esclarezca el alcance de esta disposición, la solución resulta saludable y coherente con el objetivo delineado en el presente estudio. Según hemos venido sosteniendo a partir de la experiencia comparada, la introducción dentro de las estructuras reguladoras de un defensor del cliente financiero potente, permitirá a la ADCF identificar problemas individuales y sistémicos que posteriormente pondrá en conocimiento de las entidades infractoras y de los propios reguladores para que sean abordados con rapidez. Con la información aportada por esta autoridad, las entidades reguladoras podrán exigir asimismo cambios en el comportamiento de la entidad financiera que ha infringido las normas, lo que hará a través de la amplia gama de poderes que le son atribuidos. Así, podrá decretar el cese de la infracción, supervisar de forma continuada su actuación para evitar o reducir el riesgo de reiteración, y obligar a la entidad financiera infractora al pago de una compensación al cliente afectado, además de la imposición de sanciones por la distorsión operada en el mercado¹¹².

38. Sabido es el recurso al mecanismo RAL habilitado por el ALADCF y la eventual intervención de las autoridades judiciales en la resolución de estas contiendas se producen cuando falla el sistema regulador. Por consiguiente, una la intervención eficiente de la entidad reguladora -bien sea por la correcta intervención de dicha entidad o por la información proporcionada por la ADCF-, evitará en gran medida que el cliente insatisfecho reclame ante a la ADCF o, en su caso, ante los tribunales, lo que se traduce en una mayor inmediatez en la resolución de las disputas y eficiencia en el procedimiento. Recordemos que

¹¹⁰ Recordemos que la posibilidad de recurrir a los servicios de reclamaciones del Banco de España, de la CNMV y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones se encuentra previsto en art. 30 de la Ley 44/2002 y en la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre. El ALADCF deroga el art. 30 de la Ley 44/2002, no así al artículo 29 de la Ley 44/2002, sobre la obligación para las entidades financieras de contar con un departamento de atención al cliente o defensor del cliente y el efecto vinculante para la entidad de la decisión del defensor del cliente favorable a su reclamación.

¹¹¹ La resolución que deberá ejecutarse en el plazo de 30 días hábiles contados desde su notificación.

¹¹² Véase supra epígrafe II.1.

la judicialización de las controversias, sobre todo aquellas que presentan repercusión masiva, conlleva un importante coste de tiempo y dinero y un impacto muy negativo en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, que en la mayoría de las ocasiones no reclaman por tratarse de importes de escasa cuantía. Por tanto, de entenderse que esta regulación va a permitir que las entidades con legitimación extraordinaria representen los intereses colectivos de los clientes afectados por una misma infracción en un único procedimiento, encarnaría una novedad sin precedentes en el ordenamiento español y un reclamo muy antiguo de nuestra doctrina. La articulación de mecanismos ágiles y eficaces de resolución de controversias, qué duda cabe, va a contribuir a que los operadores económicos puedan reducir costes en el ejercicio de las actividades, una mejora la eficiencia económica y en la competitividad de las empresas, al tiempo que aporta claros beneficios para los clientes financieros afectados por infracciones masivas.

La segunda regulación relevante, esta vez recogida en el art. 42, alude a la denominada “cuestión previa de unificación de criterio”. La cuestión previa podrá plantearse ante la Sección Especial prevista en el art. 18¹¹³, una vez instruida la reclamación y, como su propio nombre indica, con carácter previo a la adopción de una resolución por la Sección correspondiente. Esta diligencia podrá activarla tanto la propia Sección, si se tratara de reclamaciones basadas en hechos, pretensiones y fundamentos sustancialmente iguales en las que se hubiese llegado a resoluciones distintas, como la persona titular de la Presidencia -con carácter excepcional y de forma motivada-, para reclamaciones que afecten a una pluralidad de reclamantes, o a distintos tipos de servicios financieros o ámbitos de competencia de las salas, en las que no exista un criterio previo fijado por la Sección Especial, siempre y cuando concurren razones de índole técnica, jurídica o de interés público que así lo justifiquen. El planteamiento de la cuestión previa suspenderá el curso de las actuaciones, y el criterio fijado por la Sección Especial vinculará a los/as Vocales y a las Secciones tanto en la instrucción como en la resolución de las reclamaciones a partir del momento que se dicte, quedando excluidas las resoluciones dictadas con anterioridad.

En orden a la reparación masiva, la diligencia previa parece estar enfocada a conseguir un tratamiento igualitario a la pluralidad de afectados por un mismo incumplimiento de las entidades financieras. Sin embargo, del mismo modo que hemos apuntado ya en relación con la legitimación activa de las asociaciones y organizaciones representativas de legítimos intereses colectivos de los clientes, hasta tanto no salga a luz el Reglamento de desarrollo de esta ley, no sabremos con exactitud si con este mecanismo se pretenden evitar resoluciones individuales contradictorias respecto de una infracción/es que afectan a multitud de clientes, o si, por el contrario, se pretende adoptar una única resolución para todos los clientes implicados. En cualquier caso, la diligencia previa resulta, en nuestra opinión, una respuesta atractiva, aunque su alcance se reduzca a aportar una misma solución a resoluciones individualizadas que impliquen una reparación y/o indemnización para el cliente afectado, pues ello evitará en gran medida que los afectados acudan a la vía judicial -bien mediante acciones colectivas, bien a través de reclamaciones individuales- para ser reparados del daño ocasionado.

Nos encontramos, pues, con una vía más flexible y rápida que la judicial, articulada a través de una figura muy similar al *ombudsman*, lo que va a resultar una alternativa de gran utilidad para los clientes financieros que no han recibido una respuesta satisfactoria de los departamentos y servicios de atención a la clientela y el defensor de la clientela, que tampoco va a suponer coste alguno para los clientes ni requerirá contar con la defensa de un abogado ni la representación de un procurador. Todo ello redundará en que el cliente no se vea desincentivado a la hora de reclamar importes de escasa cuantía, que es una de las principales causas que les disuade de acudir a la vía judicial. El ALCADCF establece además que en estas las reclamaciones la carga de la prueba se invierta en favor del cliente, y da respuesta a los problemas de accesibilidad de mayores de 65 años, o de aquellas personas con dificultades para interponer una reclamación telemática, ya que abre la alternativa para que tales reclamaciones puedan presentarse en cualquiera de los lugares establecidos en el art. 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹¹⁴.

¹¹³ Esta Sección estará formada por cinco miembros, que serán la persona titular de la Presidencia de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero, quien la presidirá, y cuatro personas en representación de las diferentes áreas de la Autoridad y será la encargada de resolver esta cuestión (entre otras) de forma motivada y ajustada a derecho.

¹¹⁴ *BOE* núm. 236, de 02 de octubre de 2015.

4. El papel de Defensor del Pueblo español en materia de consumo

Íntimamente relacionado con la defensa de los derechos de los consumidores, conviene señalar aquí el importante papel que desempeña en este ámbito el Defensor del Pueblo español¹¹⁵.

El ámbito de actuación del Defensor del Pueblo es amplísimo. Entre sus múltiples funciones está la de garantizar que se cumpla el derecho a la libertad de empresa, controlar los límites de su ejercicio, así como el funcionamiento de los mercados y su proyección en los derechos de los ciudadanos¹¹⁶.

El Defensor del Pueblo cuenta con facultades de inspección e investigación que incluyen la obligación legal de todo poder público de prestar la colaboración que este precise para llevar a cabo sus investigaciones con carácter preferente y urgente. Tales funciones se desarrollan con total independencia, imparcialidad y transparencia. Y aunque normalmente su intervención deriva de una queja o instancia de cualquier ciudadano, con la finalidad de que se investiguen las actuaciones presuntamente irregulares de la Administración pública española o de sus agentes, también puede hacerlo de oficio en aquellos casos que lleguen a su conocimiento.

Existen un número importante de actuaciones en las que el Defensor del Pueblo interviene el ámbito del consumo, especialmente, las relacionadas con el suministro de electricidad, agua, gas, transporte y telefonía. Algunas de estas actuaciones ponen de manifiesto la importancia y efectividad de esta figura en el entorno en el que nos movemos, al tiempo que clarifican su interacción con las entidades reguladoras.

Por citar un ejemplo ilustrativo de la importancia de una acción coordinada entre los reguladores y el Defensor del Pueblo español, baste señalar aquí que el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico aceptó una recomendación del Defensor del Pueblo en la que propuso un cambio normativa en el Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural¹¹⁷, con la finalidad de que los servicios de mantenimiento de gas quedasen automáticamente resueltos desde el momento en que se rescinda el contrato de suministro mediante el que fueron contratados, salvo que el consumidor solicite expresamente lo contrario¹¹⁸.

El valor de este ejemplo no solo reside en el poder del Defensor del Pueblo para enmendar las reglas en infracciones de consumo que pueden llegar a afectar a un importante número de consumidores, cuando estas no garanticen el buen funcionamiento del mercado, los derechos de los ciudadanos y su confianza, sino también por los resultados que se pueden alcanzar cuando el mismo interactúa con las entidades reguladoras mediante el intercambio de información y su incidencia en la identificación de problemas sistémicos. Y es que, con carácter previo a la elaboración de esta recomendación, el Defensor del Pueblo solicitó un informe a la CNMC, quien contestó recordándole que este problema ya se había resuelto en la normativa reguladora del sector eléctrico, según constaba en un informe de 2018 emitido por la CNMC que analiza las relaciones comerciales de las empresas de gas y la electricidad con sus clientes¹¹⁹. El informe recoge varias de las conclusiones presentadas por el Defensor del Pueblo en un estudio publicado en mayo de 2017 relativo a la protección de los consumidores vulnerables en materia

¹¹⁵ El Defensor del Pueblo es el Alto Comisionado de las Cortes Generales encargado de defender los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos mediante la supervisión de la actividad de las administraciones públicas españolas (art. 54 CE), cuyo régimen de actuación se encuentra regulado por la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (BOE núm. 109, de 07 de mayo de 1981).

¹¹⁶ El Defensor del Pueblo, como resultado de su actuación, puede formular a las administraciones cuatro tipo de resoluciones: a) recomendaciones en las que se proponga que se modifique la interpretación de una norma o incluso la creación de una nueva; b) sugerencias para la modificación de una actuación concreta, que afecta a únicamente a un ciudadano particular o a una comunidad concreta; c) recordatorios de deberes legales donde se recuerda la obligación de cumplir alguna exigencia legal; d) advertencias a través de las que comunica la existencia de una situación de hecho o práctica que precisa de mejora; y c) recursos de inconstitucionalidad y de amparo sobre la base del art. 162.1 a) y b) de la Constitución.

¹¹⁷ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2002.

¹¹⁸ <https://www.europapress.es/economia/energia-00341/noticia-gobierno-acepta-servicios-mantenimiento-gas-cesen-vez-contrato-suministro-20210118130219.html>

¹¹⁹ El informe contiene un estudio sobre la Protección de los consumidores vulnerables en materia de energía eléctrica, disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/consumidores-energia-electrica/>

de energía eléctrica¹²⁰. Este estudio desatacó, entre otras cuestiones¹²¹, la falta de transparencia en la contratación y la existencia de prácticas comerciales agresivas y engañosas por parte de las comercializadoras del sector eléctrico¹²², por lo que se trató de una valiosa fuente normativa de la que se podía nutrir el sector del gas para enmendar sus reglas.

Un último aspecto a destacar resultante de la intervención conjunta del Defensor del Pueblo y la CNMV este en este caso fue que ambos estuvieron de acuerdo en la necesidad de introducir mejoras tanto en relación con la información que recibe el consumidor como en la claridad la factura eléctrica¹²³.

Por todo ello, consideramos que una de las cuestiones a las que debe responder el legislador español en una futura incorporación de las nuevas tecnologías es la introducción de la una figura un Defensor del consumidor sectorial potente en todos los sectores regulados, de forma similar a como se propone en el ALCADCF, lo que sin duda jugará un papel decisivo en la reparación de los daños masivos y, claro está, en la regulación del mercado.

IV. Conclusiones

39. En la presente contribución se ha evidenciado que, con independencia de las transformaciones que deberá acometer el legislador español para acompasar las regulaciones vigentes con las directrices de la UE en materia de acciones colectivas, no se podrá hablar de una mejora real en el sistema de reclamaciones por daños masivos a los consumidores derivados de la acción ilícita de los comerciantes, ni de una protección adecuada al consumidor si no evolucionamos a sistemas más efectivos.

La respuesta normativa que ofrece el legislador europeo perpetúa el modelo litigioso de acciones judiciales que, aunque mejorable para algunos ordenamientos internos de los Estados miembros, como es el caso español, ha pasado a formar parte de una tecnología arcaica que debe dar paso a mecanismos que funcionen mejor.

40. Todo parece apuntar a que una mejora en el sentido indicado por la Directiva no va a erradicar los problemas que derivan del alambicado procedimiento que en práctica plantea la tramitación de las acciones de representación ante los tribunales, sujetas frecuentemente a procedimientos largos, completos, costosos y poco efectivos en orden a la reparación y a la regulación del mercado.

41. La apuesta decisiva por la reparación reguladora responde a que son los intermediarios mejores situados para atender los reclamos provenientes de daños colectivos por motivos diversos. Se trata de entidades independientes que actúan a favor del interés público en las que no se plantean conflictos de intereses comerciales para reclamar daños a los infractores. Dichas entidades toman decisiones de acuerdo con sus políticas organizacionales que están sujetas a requisitos objetivos de gobernanza y transparencia sometidos a mecanismos de supervisión externa. Al estar altamente especializadas en los sectores donde desenvuelven su actividad, estos intermediarios identifican como nadie los problemas sistémicos. A todo ello se suma que los poderes que le son atribuidos responden de manera más eficaz, rápida, sencilla y al menor coste posible a la compensación del consumidor afectado por el daño ocasionado, al tiempo que enmienda las reglas y corrige el comportamiento ilícito del comerciante infractor.

42. La concentración de estos criterios en la figura de los reguladores implica que su intervención en la solución de reclamaciones colectivas sea más eficiente y rápida que la de los tribunales, e incluso, que otros procedimientos alternativos de resolución de controversias, sobre todo en orden a la

¹²⁰ <https://www.cnmc.es/2018-05-16-la-cnmc-analiza-aspectos-de-las-relaciones-comerciales-de-las-empresas-de-gas/>

¹²¹ El estudio incluía varias recomendaciones para mejorar la protección de los consumidores vulnerables, muchas de las cuales se tuvieron en cuenta por el Gobierno al elaborar la nueva regulación del bono social eléctrico.

¹²² También en este sector se llegaron a realizar cambios de compañía sin el consentimiento del cliente, lo que afectó especialmente de personas vulnerables como personas con de edad avanzada que vivían solos.

¹²³ <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/consumidores-energia-electrica/>

reparación. Ello explica por qué el esquema regulatorio en otros países de nuestro entorno sea preferido no solo a las tradicionales acciones de clase, sino incluso a otros esquemas de RAL.

Ahora bien, la implementación de las nuevas tecnologías en España no implica la eliminación del modelo judicial de acciones colectivas ni su mejoramiento para atemperarlo a las nuevas directrices europeas en distintas direcciones, como alternativa residual en aquellos sectores no regulados. De ahí que sea importante comprender que esfuerzo de nuestro legislador no se limite a la introducción de mejoras en el sistema tradicional de acciones colectivas, sino que, en paralelo, será prioritario potenciar las nuevas tecnologías (reparación regulatoria y *ombudsman*) arbitrando un cambio de paradigma en las funciones de los reguladores para dotarlos del poder de reparación colectiva. Igualmente necesario será que la actual regulación arbitral, así como las regulaciones que se adopten finalmente en el ámbito financiero ofrezcan respuestas extrajudiciales a las reclamaciones colectivas en sus respectivos sectores de operatividad.

43. La implantación de las nuevas tecnologías a las características domésticas de nuestro sistema, precisa, por un lado, la toma en consideración de modelos consolidados y de probada eficiencia, ampliamente afinados en la ciencia del comportamiento y en la doctrina comparada. Su implementación requerirá de una labor encomiable que puede implicar cambios en las actuales estructuras y funciones de las entidades reguladoras, así como la adopción la figura del defensor del cliente potente en los distintos sectores del comercio, sobre todo, en relación con los principios de independencia e imparcialidad. La creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente financiero contenida en el Anteproyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros en abril pasado, es un modelo a seguir en tal sentido y un salto cualitativo sin precedentes en nuestro ordenamiento.

44. El cambio de paradigma propuesto, requiere asimismo ordenar la convivencia de las viejas y las nuevas tecnologías jerarquizando su aplicación de forma tal que las viejas tecnologías (acciones judiciales, incluso las ADR) sean retenidas como mecanismos residuales a los que se debe recurrir solo en aquellos sectores que no estén cubiertos por las nuevas tecnologías.

Hacia un marco legal europeo uniforme en la prevención de los riesgos y de la responsabilidad civil en el ámbito de la conducción automatizada inteligente

Towards a uniform European legal framework in the prevention of risks and civil liability in the field of intelligent automated driving

M^a CARMEN NÚÑEZ ZORRILLA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona
ORCID ID: 0000-0002-3165-3747

Recibido:27.10.2022 / Aceptado:24.11.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7558

Resumen: Se camina, a nivel mundial, hacia los sistemas de transporte inteligentes totalmente automatizados o autónomos, por medio de los cuales se quiere combatir las emisiones de gases de efecto invernadero, la contaminación atmosférica, acústica y del agua, los accidentes de tráfico, la congestión y la pérdida de biodiversidad. De ahí, la preocupación por el desarrollo, desde la Unión Europea, de un marco jurídico para la prevención de los riesgos y la regulación de la responsabilidad civil derivada de los daños que estos sistemas puedan producir, ya que las características específicas que definen a esta tecnología crean nuevos riesgos que no están cubiertos adecuadamente por la normativa tradicional, que debe revisarse para adaptarse a las nuevas tecnologías con inteligencia artificial.

Palabras clave: Sistemas de transporte inteligente, inteligencia artificial, vehículos autónomos, conducción automatizada, responsabilidad civil.

Abstract: Worldwide, we are moving towards fully automated or autonomous intelligent transport systems, by means of which we want to combat greenhouse gas emissions, air, noise and water pollution, traffic accidents, congestion and the loss of biodiversity. Hence, the concern for the development, from the European Union, of a legal framework for the prevention of risks and the regulation of civil liability derived from the damage that these systems may cause, since the specific characteristics that define this technology create new risks that are not adequately covered by traditional regulations, which must be reviewed to adapt to new technologies with artificial intelligence

Keywords: Intelligent transportation systems, artificial intelligence, autonomous vehicles, automated driving, civil liability.

Sumario: La creciente importancia de la inteligencia artificial en las estrategias de la Unión Europea sobre transporte y movilidad de las personas. El nacimiento paralelo de nuevos derechos: los derechos digitales en el ámbito del transporte. II. La nueva estrategia global de la Unión Europea sobre la automatización y la digitalización del transporte. Especial referencia a los vehículos autónomos: 1. Últimos avances de la Unión Europea en la construcción de un marco legal para la prevención de los riesgos en los vehículos de alta automatización. A) El Reglamento (UE) 2019/2144 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, relativo a los requisitos de homolo-

gación de tipo de los vehículos de motor y de sus remolques, así como de los sistemas, componentes y unidades técnicas independientes destinados a esos vehículos, en lo que respecta a su seguridad general y a la protección de los ocupantes de los vehículos y de los usuarios vulnerables de la vía pública. III. Evolución y adaptación del concepto de “seguridad general del producto” a las nuevas tecnologías aplicadas al transporte con inteligencia artificial. IV. En concreto, la cuestión de la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por los vehículos totalmente automatizados o autónomos: 1. En la normativa española. 2. En la normativa europea. V. Las directrices morales que guiarán las actuaciones de los vehículos autónomos. VI. Conclusión.

I. La creciente importancia de la inteligencia artificial en las estrategias de la Unión Europea sobre transporte y movilidad de las personas. El nacimiento paralelo de nuevos derechos: los derechos digitales en el ámbito del transporte

1. La inteligencia artificial (IA)¹ tendrá un enorme impacto en la forma de vivir y de trabajar de las personas en las próximas décadas. Este razonamiento es la base de la estrategia sobre IA², que la UE puso en marcha en 2018, y que se ha confirmado desde entonces³. Se ha constatado que los posibles beneficios de la IA para nuestras sociedades son múltiples; entre ellos, es de destacar el poder alcanzar una menor contaminación y menos muertes por accidentes de tráfico. La IA puede contribuir significativamente a los objetivos del *Pacto Verde Europeo*⁴, lo que ayudará a la industria, a las empresas, a las autoridades públicas y a los ciudadanos a tomar decisiones más sostenibles para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero a través de la movilidad inteligente. Sobre la base de la cooperación que ha desarrollado con los Estados miembros desde 2018, la Comisión Europea (CE) ha elaborado un *Plan coordinado revisado sobre la IA*⁵, en el que se considera que la transición digital en el ámbito de la movilidad constituye un instrumento clave para la descarbonización y la gestión del medioambiente. Cobra especial importancia la utilización de la IA en la gestión de los sistemas de transporte, ya que impulsará la eficiencia energética, la economía circular y la gestión sostenible de los recursos naturales⁶. Al mismo tiempo, se toma conciencia de que las necesidades de transporte, ya sea de pasajeros o de mercancías, van en aumento en todo el mundo, en un contexto de mayor toma de conciencia acerca de los recursos limitados de nuestro planeta, y que, por tanto, la eficiencia de los transportes adquirirá cada vez mayor

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Generación de Conocimiento 2021. Modalidad: Investigación No Orientada Tipo B. PID2021-123070NB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, que lleva por título: *Conducción autónoma y seguridad jurídica del transporte*. IP. Eliseo Sierra Noguero.

“Se avanza hacia los modelos que piensan como humanos. El caso más relevante es el desarrollo que experimentan las redes neuronales artificiales, que llevan a cabo la automatización de actividades que se vinculan con procesos de pensamiento humano, la toma de decisiones, la resolución de problemas y el aprendizaje constante, que hace que sean capaces de ir creciendo en sus posibilidades, teniendo la virtualidad de poder abordar situaciones que no están programadas previamente. La finalidad de las redes neuronales es afrontar y solucionar problemas de la misma manera que el cerebro humano”. J.A. PINTO FONTANILLO, *El derecho ante los retos de la inteligencia artificial*, Madrid, Edisofer, 2020, p.25.

² Comunicación de la Comisión Europea (CE) al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Inteligencia Artificial para Europa. Bruselas, 25.4.2018 COM (2018) 237 final, pp. 1-4. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237&from=EN>

³ Comunicación de la CE al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan coordinado sobre la inteligencia artificial. Bruselas, 7.12.2018. COM (2018) 795 final, pp. 2 y 3. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52018DC0795>

⁴ Noticia de la Dirección General de Movilidad y Transportes, de 14 de diciembre de 2021, “Las nuevas propuestas de transporte apuntan a una mayor eficiencia y viajes más sostenibles”, párrafo. 1º. Disponible en https://transport.ec.europa.eu/news/efficient-and-green-mobility-2021-12-14_en

⁵ Comunicación de la CE al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Fomentar un planteamiento europeo en materia de inteligencia artificial. Bruselas, 21.4.2021 COM (2021) 205 final, pp. 1 y 3. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:01ff45fa-a375-11eb-9585-01aa75ed71a1.0023.02/DOC_1&format=PDF

⁶ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE). IA – Plan Coordinado. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Fomentar un planteamiento europeo en materia de inteligencia artificial [COM (2021) 205 final]. Ponente: Marie-Françoise Gondard-Argenti, pp. 4 y 9. Disponible en <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwebapi2016.eesc.europa.eu%2Fv1%2Fdocuments%2FEESC-2021-02456-00-00-AC-TRA-ES.docx%2Fcontent>

relevancia. De ahí, que la Unión Europea (UE) deba fomentar y desarrollar las tecnologías digitales para la movilidad automatizada, a fin de contrarrestar los errores humanos y de reducir los accidentes de tráfico y las víctimas mortales en las carreteras⁷.

2. En este contexto, cada vez adquieren mayor importancia los sistemas de transporte inteligentes (STI)⁸, que aplican las nuevas tecnologías al transporte, haciendo que la movilidad sea más segura, cómoda, eficiente y sostenible. Son vitales para hacer frente a los crecientes problemas de emisiones y de congestión del tráfico en Europa, y pueden posibilitar la creación de servicios y empleos completamente nuevos⁹. Dentro de los STI se hace hincapié y se está avanzando hacia los vehículos autónomos, que son módulos eléctricos capaces de transportar a personas y cosas sin la intervención humana en la conducción. Se considera que la movilidad autónoma ofrecerá beneficios evidentes para la seguridad vial. Se destaca el potencial de innovación en todos los medios autónomos de transporte por carretera, ferroviarios, por vías navegables y aéreos, subrayándose la necesidad de que los actores europeos aúnen esfuerzos para alcanzar y mantener una posición de liderazgo mundial en el ámbito del transporte autónomo¹⁰.

3. Al mismo tiempo, se prevé que la transición a los vehículos autónomos o sin conductor generará nuevos retos y riesgos y repercutirá en los siguientes aspectos: la responsabilidad civil y seguros, la seguridad vial, todas las cuestiones relativas al medio ambiente, las cuestiones relativas a los datos y a la ciberseguridad, las cuestiones relativas a la infraestructura y en el empleo, teniendo un rol significativo en la vida de las personas con discapacidad y movilidad reducida¹¹. En el ámbito de la responsabilidad civil, la normativa tradicional se centra en la figura de un conductor humano que controla el vehículo para imputar la responsabilidad. Este criterio de imputación ya no sirve para asignar la responsabilidad en los daños ocasionados por los vehículos altamente o completamente automatizados, en los que la persona que utiliza el vehículo deja de tener el control sobre el mismo, pasando a ser considerada como un simple pasajero porque quien conduce es la propia máquina. Ante la imposibilidad de poder imputar la responsabilidad a un conductor humano que ya no existe, la asignación de la responsabilidad se desplaza hacia el fabricante del vehículo como sujeto que se encuentra en la mejor posición para prever y controlar los riesgos. El problema es que la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos que articula la Directiva de 1985 tampoco sirve y ha quedado desfasada para dar solución a los nuevos problemas que genera la utilización de esta nueva y compleja tecnología, que vienen dados por los rasgos que la caracterizan: - por su opacidad (imposibilidad o extremada dificultad para averiguar la causa del daño y el concreto defecto que lo ha provocado, y por tanto la elevada dificultad para probar el nexo causal entre el daño y el defecto. La averiguación o explicación de los motivos que han llevado a la máquina inteligente a reaccionar de una manera y no de otra, son imposibles o muy difíciles de determinar. A lo que se añade que la actuación lesiva de la máquina no tiene por qué deberse a un defecto, fallo o error de fabricación. En muchos supuestos el daño no será consecuencia de una falta de diligencia del fabricante

⁷ Resolución del Parlamento Europeo (PE), de 15 de enero de 2019, sobre la conducción autónoma en los transportes europeos (2018/2089(INI)), DOUE, 27-11-2020, pp.3 y 4.

⁸ Los STI están diseñados para reunir, procesar, analizar y utilizar información que sirva para mejorar los problemas del tráfico, aumentar la seguridad de los conductores y mejorar la movilidad dentro de las ciudades. Uno de los avances tecnológicos más significativos dentro de los STI, es el Transporte Autónomo, en el que la tripulación de un automóvil, una aeronave, un buque, un camión, etc., es realizada por algoritmos de inteligencia artificial, con diferentes niveles de intervención humana.

⁹ Nota de prensa de la CE, de 14 de diciembre de 2021, “Preguntas y respuestas: sistemas de transporte inteligentes”. Esstrasburgo, párrafos 1-3. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_21_6727

¹⁰ Para J.I. LATORRE, “la gran mayoría de los accidentes de tráfico se deben a errores cometidos por la persona que está al volante. Corremos en exceso, somos imprudentes, nos saltamos los semáforos, dejamos de mirar hacia delante para hablar con el copiloto, no estamos atentos a imprevistos. Hay conductores que tienen verdaderos problemas para aparcar marcha atrás, para arrancar cuesta arriba o para no consumir alcohol cuando hay que tomar el volante al regresar de una fiesta. El conjunto de la población estaría más a salvo si las máquinas controlasen totalmente el tráfico. Sin duda, los coches dejarán de ser tripulados por humanos, sin que haya posibilidad de oponerse al cambio, ni a la adopción de la IA en nuestras vidas. Podemos definir límites, pero no detener el cambio”, en *Ética para máquinas*, Barcelona, Ariel, 2019, pp.134 y 135.

¹¹ C. DANESI, “Daños ocasionados por inteligencia artificial: los vehículos autónomos”, en E. LLAMAS POMBO/J. ARRUBLA PAUCAR/C.I. JARAMILLO (dir), *Derecho de Daños y protección de la persona*. Editorial Tirant lo Blanch, Homenajes y Congresos, Valencia, 2021, pp: 153-168, pp.161 y 162.

en ningún aspecto, sino de una decisión autónoma errónea del sistema de IA); - por su imprevisibilidad y autonomía en el rendimiento (capacidad para adoptar decisiones impredecibles que escapan al control de su creador, fruto de su aprendizaje autónomo a partir de la experiencia); - por su capacidad para evolucionar tras su puesta en circulación modificando sustancialmente sus funcionalidades iniciales o finalidad previstas; - por los múltiples y diversos agentes que intervienen en su proceso de fabricación y en su ciclo de vida (diseñador, desarrollador, fabricante del sistema, fabricante del *hardware*, ingeniero de datos, entrenador, comercializador, distribuidor, operador, propietario, usuario y otros agentes)¹² haciendo muy difícil determinar cuál de todos ha causado el daño, y - por su conectividad y dependencia de datos externos. De ahí, que se proponga desde la UE la elaboración de un nuevo marco legislativo de regulación de la movilidad autónoma, ya que el actual marco reglamentario, especialmente con respecto a la responsabilidad, las pólizas de seguro, el registro y la protección de los datos personales, ya no será suficiente ni adecuado cuando haya que hacer frente a los nuevos riesgos derivados del aumento de la automatización, la conectividad y la complejidad de los vehículos¹³.

4. Ante el rápido desarrollo de la IA y en un contexto político mundial en el que cada vez más países invierten fuertemente en esta tecnología, la UE está actuando para abordar los nuevos retos por medio de la elaboración de un marco jurídico sobre IA¹⁴, en el que cobra especial atención, como se ha indicado, la aplicación de esta tecnología a los sistemas de transporte. El marco normativo propuesto sobre la IA funcionará en conjunto con la revisión de la legislación aplicable a la seguridad de los productos y con la revisión de la Directiva relativa a las máquinas¹⁵, que aborda, entre otros, los riesgos de seguridad de las nuevas tecnologías, incluidos los riesgos derivados de la colaboración entre humanos y robots, los riesgos cibernéticos con implicaciones para la seguridad y las máquinas autónomas. Asimismo, el marco se suma a la *Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad*¹⁶, a la nueva *Estrategia de Ciberseguridad*¹⁷, y a la *Ley de Servicios Digitales*¹⁸ y *Ley de Mercados Digitales*¹⁹ recientemente propuestas. Por último, el marco propuesto se complementará con legislación específica para adaptar el marco de la responsabilidad civil de la UE a estas tecnologías, con la revisión de la Directiva en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, de 25 de julio de 1985, con el fin de abordar las cuestiones de responsabilidad derivadas de los daños originados por las nuevas tecnologías con IA.

5. Como ya he mencionado, la preocupación por el desarrollo desde la UE de un marco normativo sobre IA tiene, asimismo, su razón de ser, en el hecho de que el uso de esta tecnología crea nuevos

¹² J.M. MUÑOZ VELA, *Retos, riesgos, responsabilidad y regulación de la inteligencia artificial. Un enfoque de seguridad física, lógica, moral y jurídica*, Navarra, Aranzadi, 2022, pp. 55 y 56.

¹³ Resolución del PE, de 15 de enero de 2019, sobre la conducción autónoma en los transportes europeos (2018/2089(INI)). DOUE, 27-11-2020, pp. 4 y 5.

¹⁴ Comunicación de la CE al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Fomentar un planteamiento europeo en materia de inteligencia artificial. Bruselas, 21.4.2021 COM (2021) 205 final, pp. 3 y 4. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:01ff45fa-a375-11eb-9585-01aa75ed71a1.0023.02/DOC_1&format=PDF

¹⁵ Propuesta de Reglamento del PE y del Consejo relativo a las máquinas y sus partes y accesorios. Bruselas, 21.4.2021. COM (2021) 202 final 2021/0105 (COD). Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1f0f10ee-a364-11eb-9585-01aa75ed71a1/language-es/format-PDF>

¹⁶ Comunicación de la CE al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad. COM (2020) 605. 27-7-2020, pp.3, 4 y 9. Disponible en [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2020\)605&lang=es](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2020)605&lang=es)

¹⁷ Nota de prensa de la CE, de 23 de febrero de 2022, “Dando forma al futuro digital de Europa. La estrategia de ciberseguridad”, párrafos 1-4. Disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/cybersecurity-strategy>

¹⁸ La Ley de Servicios Digitales ha sido aprobada por el Parlamento Europeo el 5 de julio de 2022. Véase la noticia de la CE, “Ley de Servicios Digitales: para un entorno online seguro y responsable”, párrafos 1º y ss. Disponible en https://ec.europa.eu/info/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_es#:~:text=Ley%20de%20Servicios%20Digitales%20consta%20de%20una,papel%2C%20tama%C3%B1o%20e%20impacto%20en%20el%20ecosistema%20online

¹⁹ La Ley de Mercados Digitales, aprobada por el Parlamento Europeo el 5 de julio de 2022, apuesta por complementar la intervención antimonopolio en los mercados digitales con una regulación ex ante en forma de un conjunto de obligaciones que las plataformas identificadas como «guardianes» deben cumplir. Véase la noticia de CIBERSEGURIDAD, “Ley de Mercados Digitales (DMA) de la UE”, párrafos 1º y ss. Disponible en <https://ciberseguridad.com/normativa/europea/ley-mercados-digitales-dma/>

riesgos que deben ser abordados²⁰. Determinadas características de la IA, como la opacidad de muchos algoritmos, que dificulta la investigación de las relaciones causales, la conectividad, la complejidad, la vulnerabilidad, la capacidad para ser modificados mediante actualizaciones, la capacidad de autoaprendizaje, la autonomía decisoria, así como la multitud de agentes involucrados en su creación y posterior funcionamiento, plantean riesgos específicos y potencialmente elevados para la seguridad y los derechos fundamentales, que la legislación tradicional ya no puede abordar o en vista de los cuales resulta difícil aplicar la legislación vigente. La máquina se transforma en más compleja y menos predecible cuanto menos necesita de la intervención humana. Su autoaprendizaje limita el control de los humanos sobre ella y es cada vez más difícil de auditar. Refleja la falta de transparencia y de comprensibilidad que puede hacer que los procesos de toma de decisiones sean impenetrables²¹, no permitiendo descubrir cómo y por qué ha tomado una determinada decisión o por qué ha actuado de un determinado modo. Las posibilidades de obtener una explicación satisfactoria son limitadas, ya que ni siquiera los implicados en su diseño o despliegue son capaces de explicar en qué ha consistido el proceso para la adopción de un resultado²². Los productos con IA se diferencian de otros, en la compleja interacción de elementos internos y externos necesarios para su funcionamiento. La interdependencia entre dispositivos tangibles, aplicaciones, datos, servicios sobre datos y conectividad propias de su entorno digital, concatenan acciones ajenas a la comprensión humana. Su trabajo interno es misterioso. Esa ininteligibilidad emana de los datos que en trillones le aporta el ecosistema digital –*Big data*– que, sumado a los miles de propiedades de cada elemento, integra una telaraña de variables que la hacen técnicamente indescifrable. Si, además, la IA internaliza y asigna arbitrariamente un valor a cada variable para decidir, la confusión se potencializa. A ello se le suma que la IA obra en un ecosistema de información integrado por varios sujetos, que ejercen una injerencia en su desempeño. La máquina recibe, procesa, categoriza y utiliza a estos agentes y otros productos que también cumplen esa función. La relevancia de cada dato, las innumerables variables, la borrosa imputación por las complejas interacciones del sistema y sus difusos modelos decisionales, hace vidriosa la causa de un daño²³. Las características propias y específicas de estas tecnologías tienden a dificultar la determinación del sujeto responsable del daño y, en consecuencia, a reducir las posibilidades de éxito de una reclamación de responsabilidad civil²⁴. Las normas tradicionales sobre responsabilidad civil por daños ocasionados por productos defectuosos actualmente resultan insuficientes porque en el ámbito de esta tecnología avanzada intervienen elementos y circunstancias que aquellas normativas no contemplan²⁵. Cuanto más aumenta la autonomía de los robots, la responsa-

²⁰ “Si construimos inteligencias artificiales cada vez más potentes y autónomas, llegará un instante en que un algoritmo podrá mejorarse a sí mismo. Una vez mejorado, el nuevo algoritmo será aún más potente y, en consecuencia, capaz de volver a mejorarse a sí mismo. Se establece una cadena que se retroalimenta, ya que cada inteligencia artificial diseñará a la siguiente, que será aún mejor que ella misma. Este proceso interactivo seguirá avanzando de forma imparable hacia una inteligencia brutal, y entonces habremos alcanzado el fenómeno que viene denominándose la singularidad. La propia red neuronal artificial mejorada se autoanalizará y avanzará sin sufrir los límites que impone la biología humana. En definitiva, una inteligencia con una capacidad para crecer mucho más allá del cerebro humano y de no perecer”. J.I. LATORRE, *Ética para máquinas*, op. cit. pp. 240-242.

²¹ M. MASCITTI, “La insuficiencia de la causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil en los daños producidos por la robótica y los sistemas autónomos”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 42, enero-junio 2022, Buenos Aires, Argentina, pp: 215-260, pp. 224 y 225.

²² M. PEGUERA POCH, “En búsqueda de un marco normativo para la Inteligencia Artificial”, en A. CERRILLO I MARTÍNEZ/M. PEGUERA POCH (coord.), *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, Navarra, Aranzadi, pp. 41-55, pp. 46 y 47.

²³ J. C. HERNÁNDEZ ZULUAGA, “Can machines think?. Inteligencia Artificial y Derecho de Daños”, *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 19, n.º 1, enero-junio/2020, pp:3-36, pp. 11 y 12.

²⁴ V. GARCÍA HERRERA, “Panorama legislativo de la inteligencia artificial en la Unión Europea”, en F. LLEDÓ YAGÜE/I. BENÍTEZ ORTUZAR/O. MONJE BALMASEDA (dir)/M^a J. CRUZ BLANCA/I. LLEDÓ BENITO (coord.), *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la revolución industrial 4.0 (Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes)*, Editorial Dykinson, Colección IA, Robots y Bioderecho, Madrid, 2021, pp: 266-301, pp. 271-273. Disponible en <https://elibro.net/es/ereader/uab/189569>

²⁵ “Uno de los roles que el humano puede tener en el aprendizaje automático es el de “oráculo”, en el que el modelo de inteligencia artificial pueda preguntar al humano acerca de la validez de sus predicciones. El humano en este caso puede corregir el modelo simplemente indicando si se produjo un error o no. Esta forma de aprendizaje automático colaborativo es conocido como aprendizaje activo. Este tipo de aprendizaje es el fundamento de la mayoría de los modelos que intentan integrar a los seres humanos en la generación de la inteligencia artificial”. En este sentido ANDREU-PÉREZ, *et al*, “Avances científico-tecnológico

bilidad se diluye en los múltiples actores y elementos que participan en ellos (programador, fabricante, operador, comprador, propietario, usuario, etc). Las normas tradicionales no permiten determinar la parte que ha de hacerse cargo de la indemnización, ni exigir a dicha parte que repare el daño ocasionado ante la imposibilidad de determinar la verdadera causa u origen del mismo²⁶. La IA no es estable en su ontología; sus fórmulas y código cambian constantemente. Tiene una lógica diferente que corre paralela a la de la infraestructura social, y, por consiguiente, requiere de su propia categorización²⁷. La adecuada regulación de la responsabilidad civil por los daños que puedan causar las acciones u omisiones de los sistemas con IA debe acompañar necesariamente al desarrollo tecnológico en la materia, lo que conduce a la necesidad de revisar y adaptar las categorías jurídicas existentes afectadas²⁸; máxime, cuando el nivel de riesgo de esta tecnología puede ser cambiante en atención a su propia capacidad para evolucionar²⁹. Ello cobra especial importancia en el ámbito del transporte, ya que se trata de un sector en el que pueden producirse graves y cuantiosos daños a las personas.

6. Desde la UE se ha expresado la necesidad de avanzar hacia el transporte autónomo por los beneficios que reporta a la sociedad, poniéndose a la vez de relieve el riesgo que se deriva de su desarrollo. Se permite la puesta en circulación de este tipo de tecnología porque se considera que los beneficios que de ella proceden son superiores al coste económico de los daños que causan, y se alude a la idea del riesgo para implantar un sistema objetivo de responsabilidad, ante la enorme dificultad o imposibilidad para la víctima de probar la negligencia del verdadero causante del daño o incluso el solo defecto en el producto lesivo. El fundamento de esta responsabilidad objetiva que se propone descansaría en la contrapartida al beneficio económico que reporta la circulación de estas máquinas para el empresario/fabricante, que es quien crea la situación de riesgo, al mismo tiempo que constituye la solución al costoso problema de las víctimas de tener que averiguar la verdadera causa del daño.

7. El uso de esta nueva tecnología origina nuevos riesgos de daños a las personas, lo que conlleva la necesidad de replantearse la configuración y adaptación de derechos existentes, y, asimismo y paralelamente, el nacimiento de nuevos derechos que deben protegerse frente a las amenazas de la misma. Ello que ha dado lugar a la creación de los denominados “derechos digitales”. Uno de los trabajos de la UE a destacar en este ámbito, lo constituye la *Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital*, de 26 de enero del 2022³⁰, en la que se definen un conjunto de principios para una transformación digital centrada en el ser humano y se refuerza la protección de los derechos de los usuarios en el entorno digital. Los principios y derechos digitales enunciados en la Declaración se conciben como conceptos esenciales, basados en valores comunes europeos, que sirven de guía para un entorno digital seguro, inclusivo y abierto, donde no se deje a nadie atrás. La Declaración pone de manifiesto que la creciente disponibilidad de nuevos datos y tecnologías digitales conlleva nuevos riesgos que han crecido en una medida significativa, particularmente, en lo que atañe a la violación de la

lógicos en inteligencia artificial responsable”, en F. LLEDÓ YAGÜE/I. BENÍTEZ ORTUZAR/O. MONJE BALMASEDA (dir)/M^a J. CRUZ BLANCA/I. LLEDÓ BENITO (coord.), *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la revolución industrial 4.0 (Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes)*, op. cit, pp. 594-613, pp. 594 y 595.

²⁶ J.M. MUÑOZ VELA, *Retos, riesgos, responsabilidad y regulación de la inteligencia artificial. Un enfoque de seguridad física, lógica, moral y jurídica*, op. cit, p. 205.

²⁷ L. JAUME PALASÍ, “Cómo la inteligencia artificial está impactando en las sociedades”, en A. CERRILLO I MARTÍNEZ/M. PEGUERA POCH (coord.), *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, op. cit, pp.27-39, p. 31.

²⁸ O. MONJE BALMASEDA, “Responsabilidad civil, robótica e inteligencia artificial”, en F. LLEDÓ YAGÜE/I. BENÍTEZ ORTUZAR/O. MONJE BALMASEDA (dir)/M^a J. CRUZ BLANCA/I. LLEDÓ BENITO (coord.), *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la revolución industrial 4.0 (Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes)*, op. cit, pp. 240-245, pp: 240-262.

²⁹ J. M. MUÑOZ VELA, *Retos, riesgos, responsabilidad y regulación de la inteligencia artificial. Un enfoque de seguridad física, lógica, moral y jurídica*, op. cit, p. 206.

³⁰ Noticia en el Diario La Ley, “La Comisión presenta una declaración sobre los derechos y principios digitales para todos en la UE (26 enero 2022)”, párrafo 1º. Disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/la-ley-union-europea/2022/03/01/la-comision-presenta-una-declaracion-sobre-los-derechos-y-principios-digitales-para-todos-en-la-ue-26-enero-2022#:~:text=El%2026%20de%20enero%20de%202022%20la%20Comisi%C3%B3n,que%20guiar%C3%A1n%20la%20transformaci%C3%B3n%20digital%20en%20la%20UE>

intimidad y de la seguridad de los datos personales, la proliferación de contenidos nocivos y productos inseguros, así como la desinformación, la ciberdelincuencia, los ciberataques, la explotación y los abusos contra seres humanos. En este sentido, los nuevos tipos de daños que es susceptible de provocar la IA, dará lugar al surgimiento de nuevos derechos, y como no, al surgimiento de nuevos derechos en el ámbito del transporte para los pasajeros y para las víctimas de daños; unos derechos digitales producto de los nuevos riesgos y vulneraciones a los que se verán expuestos los ciudadanos³¹. A partir de aquí, la CE se propone estudiar las opciones y los beneficios para avanzar hacia un marco jurídico multimodal para los derechos digitales que sea más coherente y armonizado³².

8. En línea con la mencionada Declaración, el Gobierno de España ha adoptado recientemente la *Carta de Derechos Digitales*, el 14 de julio de 2021, que, sin tener carácter normativo, ofrece un marco de referencia para garantizar los derechos de la ciudadanía en la nueva realidad digital y que tiene como objetivo reconocer los retos que plantea la adaptación de los derechos actuales al entorno virtual y digital. El texto recoge un conjunto de principios y de derechos para guiar futuros proyectos normativos y el desarrollo de las políticas públicas, de forma que se garantice la protección de los derechos individuales y colectivos en los nuevos escenarios digitales. Fija, por tanto, los principios sobre los que asentar la salvaguarda de los derechos fundamentales en el escenario digital. Busca actualizar derechos ya existentes y reconocidos en textos como la Declaración de Derechos Humanos o la Constitución Española, y adaptarlos a las nuevas circunstancias de la realidad digital. En relación con los derechos en entornos específicos, se incluyen contenidos muy novedosos y pioneros. Es el caso de los derechos ante la inteligencia artificial. El texto recoge que la IA deberá asegurar un enfoque centrado en la persona y su inalienable dignidad, perseguirá el bien común y asegurará cumplir con el principio de no maleficencia. En el desarrollo y ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial, se garantizará el derecho a la no discriminación; se establecerán condiciones de transparencia, auditabilidad, explicabilidad, trazabilidad, supervisión humana y gobernanza, y deberá garantizarse la accesibilidad, usabilidad y fiabilidad. Contempla el derecho de las personas a solicitar una supervisión e intervención humanas y a impugnar las decisiones automatizadas tomadas por sistemas de IA que produzcan efectos en su esfera personal y patrimonial. Para procurar la eficacia de estos derechos, la Carta contempla unas garantías específicas, como el derecho de toda persona a la tutela administrativa y judicial en los entornos digitales, en particular, de los derechos relacionados con la inteligencia artificial³³. A partir de esta iniciativa sería conveniente en el Estado español la configuración de los concretos derechos digitales de la ciudadanía en el sector del transporte.

II. La nueva estrategia global de la Unión Europea sobre la automatización y la digitalización del transporte. Especial referencia a los vehículos autónomos

9. El sector del transporte se encuentra ante una etapa de profundos cambios que se acentuarán en las próximas décadas. Las nuevas tecnologías, la automatización, los retos medioambientales, los aspectos sociales y la concentración cada vez mayor de la población en grandes núcleos urbanos, en ocasiones siguiendo un modelo de ciudad más dispersa, especializada y de menor densidad que se sustenta en una alta movilidad, están produciendo una transformación disruptiva del sector. Por ello, las instituciones europeas están llamadas a jugar un papel especialmente activo para llevar a cabo una

³¹ Comunicación de la CE al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Formulación de una declaración europea sobre los derechos y principios digitales para la década digital, Bruselas, 26.1.2022 COM (2022) 27 final, pp.1-4. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0027>

Véase igualmente la Declaración de la CE sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital. Bruselas, 26.1.2022 COM (2022) 28 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0028>

³² Comunicación de la CE al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de movilidad sostenible e inteligente: encauzar el transporte europeo de cara al futuro. Bruselas, 9.12.2020 COM (2020) 789 final, párrafos 5-9. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/>

³³ Vid, la Carta de Derechos Digitales. Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, del Gobierno de España, pp. 1-19, pp. 27-30. Disponible en https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Actualidad/pae_Noticias/Anio2021/Julio/Noticia-2021-07-15-El-Gobierno-de-Espana-adopta-Carta-Derechos-Digitales.htm

adecuada planificación, gestión y control de la movilidad, que actualmente ya es concebida como un derecho social.

10. Ahora bien, aunque la movilidad aporta numerosos beneficios a sus usuarios, ya se ha destacado que no está exenta de costes para nuestra sociedad. Entre ellos, las emisiones de gases de efecto invernadero o la contaminación atmosférica, acústica y del agua, y también los accidentes de tráfico, la congestión y la pérdida de biodiversidad, todo lo cual repercute en nuestra salud y bienestar. Los esfuerzos y las medidas estratégicas emprendidos desde las instancias europeas en el pasado aún no han abordado suficientemente estos costes. Reducir significativamente sus emisiones y ser más sostenible es, con creces, el reto más serio al que se enfrenta el sector del transporte³⁴. Dentro de él, la mejora del transporte público resulta esencial como alternativa sostenible a los modos de transporte individuales y reviste especial importancia para las zonas rurales. En esta nueva Estrategia global de la UE (*Estrategia de movilidad sostenible e inteligente: encauzar el transporte europeo de cara al futuro*), se acogen favorablemente los objetivos de la digitalización y la automatización como medios para lograr las metas de una movilidad sostenible, inteligente y resiliente, resaltándose que es fundamental que la movilidad esté disponible y sea asequible “para todos”; que no deje a nadie atrás, especialmente en las zonas rurales y alejadas, procurándose que estén mejor conectadas³⁵.

11. La Estrategia identifica la implantación de STI como una medida fundamental para crear un sistema de movilidad multimodal conectado y automatizado. Se considera que la digitalización es un motor indispensable de esta transformación que hará que todo el sistema de transporte sea ininterrumpido y más eficiente, aumentando los niveles de seguridad, protección, fiabilidad y comodidad³⁶. La Movilidad Conectada, Cooperativa, Autónoma y Automatizada (CCAM) tiene un gran potencial para mejorar la gestión del tráfico, la seguridad vial, la habitabilidad y el confort. La CCAM es un ecosistema complejo en el que los vehículos, la infraestructura física y digital, las tecnologías y los seres humanos (controladores de tráfico, conductores, pasajeros, motociclistas, ciclistas, peatones) deberán interactuar. Con este fin, la CE ha promulgado la Propuesta de *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la Directiva 2010/40/UE, por la que se establece el marco para la implantación de los sistemas de transporte inteligentes en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte*, Estrasburgo, 14-12-2021, que forma parte del paquete de iniciativas legislativas destinadas a contribuir a los objetivos de la descarbonización, la digitalización y la mayor resiliencia en la infraestructura del transporte. La Propuesta revisa la Directiva del 2010 sobre STI, con la finalidad de adaptar su ámbito de aplicación a los servicios de STI nuevos y emergentes, lo que es necesario para actualizar el marco jurídico de los STI a un panorama cambiante³⁷.

12. Como ya se ha mencionado, dentro de los STI se concede una especial atención a los vehículos sin conductor como una nueva forma de responder a la demanda cada vez mayor de movilidad de personas y mercancías. Los vehículos sin conductor pueden mejorar significativamente la seguridad

³⁴ Comunicación de la CE al Parlamento Europeo, al Consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones. Estrategia de movilidad sostenible e inteligente: encauzar el transporte europeo de cara al futuro. Bruselas, 9.12.2020 COM (2020) 789 final, párrafos 2 y 3. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2020:789:FIN>

³⁵ Dictamen del CESE, Estrategia de movilidad sostenible e inteligente. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de movilidad sostenible e inteligente: encauzar el transporte europeo de cara al futuro [COM (2020) 789 final]. 21-4-2021, apartado 5 relativo a la movilidad inteligente. Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9437e67d-b7e4-11eb-8aca-01aa75ed71a1/language-es/format-XHTML>

³⁶ Comunicación de la CE al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de movilidad sostenible e inteligente: encauzar el transporte europeo de cara al futuro. Bruselas, 9.12.2020 COM (2020) 789 final, apartados 2-8. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5e601657-3b06-11eb-b27b-01aa75ed71a1.0009.02/DOC_1&format=PDF

³⁷ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 2010/40/UE, por la que se establece el marco para la implantación de los sistemas de transporte inteligentes en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte. Estrasburgo, 14.12.2021 COM (2021) 813 final. Disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15114-2021-INIT/es/pdf>

vial, ya que se estima que el error humano influye en el 94 % de los accidentes. Pueden llevar a la movilidad a aquellos que no pueden conducir por sí mismos (personas mayores o con discapacidad) o a las personas a las que no llegan los servicios del transporte público. Pueden fomentar los programas de uso compartido de vehículos y la movilidad como servicio (es decir, la venta de desplazamientos, no de automóviles). Se espera que la movilidad autónoma, una vez esté disponible a gran escala y en el día a día, genere beneficios significativos para nuestra sociedad en cuanto a servicios de movilidad innovadores en ciudades y zonas rurales, mayor flexibilidad del transporte público y una oferta que se adecúe mejor a las necesidades de todos los ciudadanos. Estas máquinas navegarán por todo tipo de carreteras sin problemas, sin importar las condiciones climáticas y permitirán que los pasajeros trabajen, coman, lean o incluso duerman mientras están a bordo. El vehículo autónomo es el desarrollo de un sistema complejo que pretende realizar las mismas funciones que hace un coche convencional con una persona dentro. Para ello, se debe dotar de todos los instrumentos que cuenta el ser humano, perfeccionándolos, para que el propio automóvil pueda reaccionar por sí sólo como lo hace un conductor humano.

13. Estos coches no son tan sólo una masa de tecnología inteligente. Son el resultado de algoritmos de aprendizaje y de clasificar información de una experiencia previa. Cuanta más experiencia adquiere el vehículo mediante la conducción, más información obtiene y, por ende, más sabe y aprende. Estos vehículos podrán conducir a velocidades más altas y moverse entre sí sin problemas. Los viajes más cómodos, rápidos y seguros conllevarán un aumento en la expansión urbana hacia las zonas rurales. Las personas dejarán de priorizar la conveniencia de vivir próximas a los centros de las ciudades. Áreas geográficas que actualmente se encuentran abandonadas por las líneas regulares serán consideradas por las líneas de vehículos autónomos; muchas personas se mudarán a las áreas periféricas de las ciudades y las personas viajarán a otras partes del país en transporte público. Esto obliga al transporte público a caminar al mismo ritmo que el coche autónomo, evolucionando tecnológicamente³⁸. Paralelamente, no está de más recordar que en este sector deben abordarse nuevos riesgos, en particular en relación con la seguridad del tráfico, la responsabilidad civil y los seguros, la ciberseguridad, la protección de datos, las infraestructuras técnicas o las cuestiones éticas relacionadas con las reacciones o decisiones que debe adoptar el vehículo para evitar accidentes, así como los criterios o valores morales en los que debe basarse su decisión³⁹.

14. En España, las directrices de las actuales estrategias de movilidad de la UE se han puesto en marcha por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (MITMA), a través de la *Estrategia de Movilidad Segura, Sostenible y Conectada 2030*, que guiará las actuaciones del MITMA en materia de movilidad, infraestructuras y transportes en los próximos 10 años, y que fue aprobada por el Consejo de ministros el 10 de diciembre de 2021. En la Estrategia se considera por primera vez la movilidad como un “derecho” de la ciudadanía. En ella se incluye la redacción de una disposición normativa con rango de Ley: la *Ley de Movilidad Sostenible*, cuyo objeto principal será constituir el marco normativo que permita que las políticas públicas de transporte y movilidad de las administraciones en España respondan mejor a las necesidades reales de los ciudadanos y a los retos del siglo XXI: la sostenibilidad, la digitalización y la cohesión social y territorial⁴⁰. El objetivo comprometido con la CE es que la Ley

³⁸ J. A. VALERO MATAS/A. DE LA BARRERA, “El coche autónomo: ¿un futuro mejor?”. *Sociología y Tecnociencia*. Tomo 10. Nº. 1, Ediciones Universidad de Valladolid, Palencia 2020, pp.136-159, pp.139-143, 153. Disponible en <https://www-proquest-com.are.uab.cat/docview/2356820386/fulltextPDF/D287A6DB34B743A1PQ/1?accountid=15292>

Véase en igual sentido, A. SEIJO BAR, “El coche autónomo: una aproximación a la responsabilidad civil en la era digital”, op.cit, quien distingue entre vehículos autónomos y vehículos semiautónomos o automatizados. Vehículos semiautónomos o automatizados son aquellos que incorporan dispositivos que permiten la realización automática de ciertas operaciones del conductor, pero que en última instancia requieren cierta intervención humana de control o supervisión. Mientras que vehículos autónomos son aquellos que son capaces de realizar por sí mismos todas las operaciones de la conducción, y en los que puede prescindirse de la intervención humana, pp.372 y 373.

³⁹ Comunicación de la CE al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. En ruta hacia la movilidad automatizada: estrategia de la UE para la movilidad del futuro. Bruselas, 17.5.2018 COM (2018) 283 final, pp.1 y 2, 10 y 14. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0283>

⁴⁰ Nota de prensa del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, “Estrategia de movilidad segura, sosteni-

quede aprobada antes de finalizar 2023. Actualmente, ya contamos con la redacción de un Anteproyecto de Ley, aprobado por el Consejo de ministros en reunión de 1 de marzo de 2022, en el que se destaca el reconocimiento por primera vez de la movilidad como un derecho de toda la ciudadanía y como un elemento de cohesión social, que contribuye a la consecución del Estado del Bienestar. La futura Ley introduce los principios que deberán seguir las administraciones para regular y promocionar la introducción progresiva de los vehículos automatizados o sin conductor en el sistema de transporte, en todos los modos, priorizando la seguridad, la sostenibilidad ambiental, los derechos de las personas y fomentando la colaboración público-privada. En el caso de automóviles autónomos, el texto establece una ventanilla única para facilitar la realización de pruebas en vías públicas, lo que pretende atraer a nuestro país la innovación en este ámbito, y se abre la puerta a que se desarrolle una regulación más detallada⁴¹.

1. Últimos avances de la Unión Europea en la construcción de un marco legal para la prevención de los riesgos en los vehículos de alta automatización

A) El Reglamento (UE) 2019/2144 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, relativo a los requisitos de homologación de tipo de los vehículos de motor y de sus remolques, así como de los sistemas, componentes y unidades técnicas independientes destinados a esos vehículos, en lo que respecta a su seguridad general y a la protección de los ocupantes de los vehículos y de los usuarios vulnerables de la vía pública

15. Siendo consciente de los grandes avances en los sistemas de automatización en la conducción, el legislador europeo ha adoptado el Reglamento 2019/2144, de 27 de noviembre (nuevo Reglamento General de Seguridad de Vehículos), en vigor desde el 6 de julio de 2022, que establece el marco legal para la aprobación de vehículos automatizados⁴² y sin conductor en la UE. También introduce una gama de sistemas avanzados de asistencia al conductor obligatorios (asistente de velocidad inteligente; interfaz para la instalación de alcoholímetros antiarranque; sistema de advertencia de somnolencia y pérdida de atención del conductor; sistema avanzado de advertencia de distracciones del conductor; señal de frenado de emergencia; detector de marcha atrás y registrador de datos de incidencias)⁴³, algunos de los cuales ya están implantados en España, para mejorar la seguridad vial. Los dispositivos avanzados de seguridad reducirán el número de accidentes, harán posible una movilidad cada vez más conectada y automatizada e impulsarán la innovación y la competitividad de la industria automovilística europea⁴⁴.

ble, conectada 2030". Diciembre de 2021. pp. 94-96. Disponible en https://cdn.mitma.gob.es/portal-web-drupal/esmovilidad/ejes/211223_es.movilidad_accesibilidad_ALTA_vf.pdf

⁴¹ Nota de prensa del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, "Anteproyecto de Ley de Movilidad Sostenible", 2022, párrafos 1º y 2º. Disponible en <https://www.mitma.es/el-ministerio/buscador-participacion-publica/anteproyecto-de-ley-de-movilidad-sostenible>

⁴² El Reglamento define en su art.3 apartado 21) al «vehículo automatizado» como "un vehículo de motor diseñado y construido para desplazarse de manera autónoma durante determinados periodos de tiempo sin supervisión continuada por parte del conductor pero respecto del cual se sigue esperando o necesitando la intervención del conductor", y en su apartado 22) al «vehículo totalmente automatizado» como "un vehículo de motor diseñado y construido para desplazarse de manera autónoma sin supervisión por parte del conductor". Reglamento (UE) 2019/2144 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, relativo a los requisitos de homologación de tipo de los vehículos de motor y de sus remolques, así como de los sistemas, componentes y unidades técnicas independientes destinados a esos vehículos, en lo que respecta a su seguridad general y a la protección de los ocupantes de los vehículos y de los usuarios vulnerables de la vía pública, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/858 del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan los Reglamentos (CE) 78/2009, (CE) 79/2009 y (CE) 661/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo y los Reglamentos (CE) 631/2009, (UE) 406/2010, (UE) 672/2010, (UE) 1003/2010, (UE) 1005/2010, (UE) 1008/2010, (UE) 1009/2010, (UE) 19/2011, (UE) 109/2011, (UE) 458/2011, (UE) 65/2012, (UE) 130/2012, (UE) 347/2012, (UE) 351/2012, (UE) 1230/2012 y (UE) 2015/166 de la Comisión (DOUE, 16-12-2019).

⁴³ Véase el art.1 apartado 1º del Reglamento 2019/2144.

⁴⁴ Comunicado de prensa de la CE, "Nuevas normas para mejorar la seguridad vial y permitir la circulación de los vehículos sin conductor en la UE". Representación en España, Bruselas, 6 de julio de 2022, p. 2. Disponible en <https://www.europedirect-bizkaia.org/wp-content/uploads/2022/07/seguridad>

16. Diez años después de la adopción del Reglamento sobre la Seguridad General de los Vehículos, el nuevo Reglamento dará un nuevo impulso a la actuación de la UE en materia de seguridad vial y contribuirá a lograr el objetivo de cero víctimas mortales y heridos graves para 2050. Aborda, por primera vez, los problemas específicos de los usuarios vulnerables de la vía pública, en particular de los peatones y los ciclistas y forma parte del tercer conjunto de medidas «Europa en movimiento» de la Comisión, que se puso en marcha en mayo de 2018, cuyo objeto es garantizar una transición fluida hacia un sistema de movilidad seguro, limpio y automatizado⁴⁵.

17. Sobre la base del Reglamento General de Seguridad de Vehículos y dado que el mismo faculta a la Comisión para completar el marco legal para los vehículos automatizados y conectados, la Comisión Europea tiene previsto adoptar próximamente las normas técnicas para los vehículos totalmente autónomos, centrándose en los automatizados de nivel 3 y nivel 4. Las nuevas reglas alinearán la legislación de la UE con las recientes reglas de la ONU sobre automatización de nivel 3. Las normas técnicas establecerán una evaluación exhaustiva de la seguridad de los vehículos totalmente automatizados antes de su comercialización en el mercado de la UE. Cubrirán los procedimientos de prueba, los requisitos de ciberseguridad, las reglas de registro de datos, así como la supervisión del rendimiento de seguridad y los requisitos de notificación de incidentes por parte de los fabricantes de vehículos totalmente autónomos. Se espera que las nuevas medidas ayuden a proteger a los pasajeros, peatones y ciclistas en toda la UE, y que se salven más de 25.000 vidas y eviten al menos 140.000 lesiones graves para 2038⁴⁶.

III. Evolución y adaptación del concepto de “seguridad general del producto” a las nuevas tecnologías aplicadas al transporte con inteligencia artificial

18. La *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos* (en adelante, Directiva 2001), se aplica a todos los productos de consumo no alimentarios en la medida en que no existan disposiciones concretas con el mismo objetivo de seguridad en otra legislación de la UE para productos específicos, siendo uno de los actos legislativos principales que ayudan a retirar productos peligrosos del mercado. Sin embargo, con el crecimiento de las nuevas tecnologías (como la IA, el internet de las cosas o los productos interconectados), la definición de “seguridad” que se da en esta Directiva se ha visto cuestionada de muchas formas. No abarca explícitamente a los riesgos relativos a nuevas amenazas, como los riesgos de ciberseguridad, fallos de *software* o riesgos inherentes a los productos con IA o funciones de aprendizaje automático, como es el caso de las máquinas no tripuladas. En la actualidad, las disposiciones de la Directiva 2001 con respecto a la trazabilidad, no son lo suficientemente explícitas para garantizar la recogida de información completa sobre las cadenas de suministro y la distribución de los productos. La Directiva fue adoptada en un momento en el que los productos de nueva tecnología y dispositivos conectados eran poco frecuentes, pero éste ya no es el caso. Estos avances cuestionan la definición actual de la seguridad de los productos, ya que conllevan nuevos riesgos o cambian la manera en que los riesgos existentes pueden materializarse.

⁴⁵ CONEPA (Federación Española de Empresarios Profesionales de Automoción), “Un nuevo Reglamento europeo endurece los requisitos de seguridad en los automóviles”, Bruselas, 29 de marzo de 2019, párrafos 1-5. Disponible en <http://www.conepa.org/un-nuevo-reglamento-europeo-endurece-los-requisitos-de-seguridad-en-los-automoviles/>

⁴⁶ SMARTCITY.ES, “Nuevo reglamento que establece en la UE el marco legal para vehículos automatizados y autónomos”, *Movilidad Urbana*, 8 de julio de 2022, apartados relativos a los vehículos automatizados y autónomos y a la seguridad vial. Disponible en <https://www.esmartcity.es/2022/07/08/nuevo-reglamento-establece-ue-marco-legal-vehiculos-automatizados-autonomos>

“En España todos los coches de nueva homologación deberán contar con ocho sistemas de ayuda al conductor a partir del 1 de julio de 2022. Estas ocho nuevas herramientas, también conocidas como ADAS, aumentarán la seguridad tanto del conductor como de todos los miembros que viajen en el vehículo. Dentro de ellas, cobra especial importancia en el ámbito de la responsabilidad civil por los daños causados por estos vehículos, la denominada “caja negra”, que, al igual que los aviones o los trenes, tendrán la función de recopilar toda la información en caso de accidente, tanto del vehículo como de los ocupantes, con el objetivo de esclarecer qué es lo que ha ocurrido antes, durante y después del siniestro”. M. ELIZONDO, “Los ocho sistemas de seguridad que deberán tener los nuevos vehículos a partir de julio”, *El Diario Vasco Motor*, 10-junio-2022, párrafos 1º y ss. Disponible en <https://www.diariovasco.com/motor/seguridad-vial/dgt-ocho-sistemas-seguridad-nuevos-vehiculos-20220610192601-nt.html>

zarse, y estos riesgos deben reflejarse y tenerse debidamente en cuenta⁴⁷. Es por este motivo, por el que la CE ha promulgado la Propuesta sobre *Ley de Inteligencia Artificial (LIA)* - el *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión*, de 2021⁴⁸ -, con el objeto de regular de una manera específica y armonizada unos productos que, por su naturaleza y manera de funcionar, comportan la necesidad de replantearse el concepto de seguridad que tradicionalmente se viene aplicando. La Propuesta impone determinadas restricciones a la libertad de empresa con la finalidad de garantizar el respeto a los fines de interés general relacionados con la salud, la seguridad, la protección de los consumidores y la protección de los derechos fundamentales, en el desarrollo y utilización de tecnología de IA de alto riesgo. A tal fin, en la Propuesta se definen, por una parte, los requisitos obligatorios comunes aplicables al diseño y desarrollo de determinados sistemas de IA (sistemas de alto riesgo)⁴⁹ antes de su introducción en el mercado, y de otra, se tiene en cuenta especialmente la situación una vez que estos sistemas ya se han introducido en el mercado, armonizando la manera en que se llevan a cabo los controles *ex post*. La incorporación de la IA con procesos de aprendizaje automático en los productos o servicios puede modificar el funcionamiento de estos a lo largo de su ciclo de vida, lo que puede dar lugar a nuevos riesgos que no existían en el momento en que se introdujo el sistema en el mercado. El riesgo puede existir en el momento de comercializar el producto o servicio, o surgir como resultado del aprendizaje automático de éste, una vez ya se está utilizando. Este tipo de riesgos no se abordan adecuadamente en la legislación tradicional, que se centra sobre todo en los riesgos de seguridad en el momento de la comercialización. Por esta razón, el uso de la IA en los productos y servicios implica cambios en el concepto de “seguridad”, que debe actualizarse para reflejar la naturaleza evolutiva de la tecnología⁵⁰.

19. Dentro de las medidas dirigidas a garantizar la seguridad, es de destacar la obligatoriedad de los proveedores de contar con un sistema de seguimiento posterior a la comercialización, con el objeto de que puedan adoptarse las medidas correctoras necesarias en el momento oportuno en los sistemas de IA que siguen aprendiendo tras su introducción en el mercado, así como la obligatoriedad de que los sistemas de IA de alto riesgo se diseñen y desarrollen de tal modo que su funcionamiento pueda ser constantemente vigilado y controlado por personas físicas durante toda su vida útil. Cuando el usuario del sistema tenga motivos para considerar que utilizar el sistema de IA conforme a sus instrucciones de uso pueda hacer que éste presente un riesgo, o si detecta un incidente grave o un defecto de funcionamiento, informará al proveedor o distribuidor y suspenderá o interrumpirá el uso del sistema. Los usuarios pueden decidir en cualquier situación concreta no utilizar el sistema de IA de alto riesgo o desestimar, invalidar o revertir la información de salida que éste genere; intervenir en el funcionamiento del sistema de alto riesgo o interrumpirlo accionando un botón específicamente destinado a tal fin o mediante un procedimiento similar. Como estos sistemas siguen “aprendiendo” después de su introducción en el mercado o puesta en servicio, muy probablemente pueden experimentar modificaciones sustanciales en su funcionamiento y finalidad a lo largo de su vida útil, por este motivo, se establece, asimismo, la conveniencia de someterlos a nuevas evaluaciones de la conformidad⁵¹.

⁴⁷ Informe de la CE al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la ejecución de la Directiva 2001/95/ce del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos. Bruselas, 30.6.2021 COM (2021) 342 final, p. 4. Disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10329-2021-INIT/es/pdf>

⁴⁸ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión. Bruselas, 21.4.2021 COM (2021) 206 final. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF

⁴⁹ La calificación de “alto riesgo” se circunscribe a aquellos sistemas de IA que pueden tener consecuencias perjudiciales importantes para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales de las personas (considerando 27 de la Propuesta). Encaja en esta categoría el transporte en todas sus modalidades.

⁵⁰ M^a C. NÚÑEZ ZORRILLA, “Los nuevos avances en la regulación europea de la responsabilidad civil por los daños ocasionados en el ámbito del transporte con inteligencia artificial”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm.78-79, abril-septiembre de 2021, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 218, pp.201-256.

⁵¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia

20. La actualización de las normas contenidas en la Directiva 2001, también se ha llevado a cabo a través de otra iniciativa desde las instancias europeas en esta materia: la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la seguridad general de los productos*, de 30 de junio del 2021, que tiene por objeto revisar y modernizar la Directiva 2001, a la que deroga, ante los cambios fundamentales que se han producido en los productos desde su adopción, y, asimismo, complementar a la mencionada LIA. En la Propuesta se destaca que la naturaleza de los productos vendidos a los consumidores ha experimentado una evolución que hace que las antiguas definiciones de «seguridad» y de «producto» ya no sean válidas, al no corresponderse con los riesgos reales a los que pueden estar expuestos actualmente los consumidores⁵².

21. Los servicios no están regulados por la presente Propuesta de Reglamento. No obstante, con el fin de lograr la protección de la salud y la seguridad de los consumidores, los productos que son entregados o puestos a disposición de los consumidores en el contexto de una prestación de servicios, incluidos los productos a los que los consumidores están expuestos directamente durante una prestación de servicios, sí que entran en el ámbito de aplicación de la misma.

22. En la revisión que la Propuesta de Reglamento lleva a cabo de la noción de producto, se tienen en cuenta, como novedad, los elementos que se conectan a otros elementos (como puede serlo por ejemplo, el *hardware* o el *software* de un vehículo autónomo) o los elementos no integrados que influyen en el funcionamiento de otro objeto, ya que pueden suponer un riesgo para la seguridad del producto (como por ejemplo, la red inalámbrica que es imprescindible para que el vehículo autónomo pueda circular). Éste es un aspecto que se tiene en consideración como un riesgo potencial que es propio de los productos tecnológicos: las conexiones e interrelaciones que un objeto pueda tener con objetos externos, que no deben poner en peligro su seguridad. A partir de aquí, la Propuesta de Reglamento articula una nueva noción de «producto», en la que se tiene en cuenta el hecho de que se encuentre interrelacionado con otros productos, como es el caso de los productos que llevan incorporada inteligencia artificial, y así es definido como “*todo artículo, interconectado o no con otros artículos, entregado o puesto a disposición, a título oneroso o gratuito, en el transcurso de una actividad comercial, incluso en el contexto de la prestación de un servicio, destinado a los consumidores o que, en condiciones razonablemente previsibles, pueda ser utilizado por los consumidores, aunque no esté destinado a ellos*” (art.3.1 del Reglamento).

23. El programa de trabajo de la Comisión Europea enfocado en la revisión de la seguridad de los productos para adaptar Europa al marco de la IA, ha continuado con la aprobación de otro texto paralelo, complementario y ligado a la Propuesta de Reglamento sobre normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, por medio del cual se procede a revisar la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a las máquinas (Directiva 2006). Esta es la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las máquinas y sus partes y accesorios*, Bruselas, 21-4-2021, en la que se destaca que la legislación vigente en materia de seguridad de productos contiene una serie de deficiencias que es preciso corregir, en particular en la Directiva relativa a las máquinas, que no tiene suficientemente en cuenta los nuevos riesgos originados por las tecnologías emergentes, como lo son, por ejemplo, los riesgos que pueden derivarse de la colaboración directa entre personas y robots ante el aumento exponencial de los robots colaborativos («cobots») diseñados para trabajar junto a los seres humanos; los riesgos de las máquinas conectadas; la forma en que las actualizaciones del *software* afecta al «comportamiento» de las máquinas una vez introducidas en el mercado;

de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión. Bruselas, 21.4.2021 COM (2021) 206 final, pp.18, 57 y 60. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF

⁵² Dictamen del CESE, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 87/357/CEE del Consejo y la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo [COM (2021) 346 final – 2021/0170 (COD)], apartado 1º relativo a las conclusiones y recomendaciones. Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1e60cf2d-290c-11ec-bd8e-01aa75ed71a1/language-es/format-HTML>

la capacidad de los fabricantes para realizar una evaluación de riesgos completa de las aplicaciones de aprendizaje automático antes de introducir el producto en el mercado, y en lo que respecta a las máquinas autónomas, la Directiva prevé que el conductor u operador sea el responsable del movimiento de la máquina. El problema es que no se considera la posibilidad de que no haya conductor y no se establece requisito alguno para las máquinas autónomas.

24. Cuando la máquina y sus partes y accesorios integren un sistema de inteligencia artificial, los riesgos identificados durante la evaluación de riesgos deben incluir aquéllos que puedan aparecer durante el ciclo de vida del producto debido a una evolución de su comportamiento para que opere con niveles de autonomía variables. Esto es, la evaluación de riesgos que deben realizar los fabricantes antes de que la máquina sea introducida en el mercado o puesta en servicio, tendrá que incluir también los riesgos que aparezcan después de introducir la máquina en el mercado debido a su comportamiento autónomo y evolutivo⁵³.

IV. En concreto, la cuestión de la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por los vehículos totalmente automatizados o autónomos

25. Se camina hacia una esperada automatización⁵⁴ completa o también denominado “vehículo autónomo”⁵⁵ o “sin conductor,” en el que el sistema de conducción automática realiza toda la tarea dinámica de la conducción, llevando a cabo las mismas tareas que puede realizar una persona. A medida que se avanza en los niveles de automatización el papel del conductor se torna más pasivo: pasa a ser un conductor “de reserva” o “de respaldo”, hasta que en el nivel más alto llega a desaparecer para convertirse en un simple “pasajero”. El salto cualitativo más importante se produce entre el nivel 2, en el que el conductor humano realiza algunas de las funciones dinámicas de la conducción, y el nivel 3, en el que el vehículo realiza todas esas funciones. Aun así, el conductor debe estar alerta y preparado para asumir el mando en cualquier momento. En el nivel 3, el vehículo realiza las funciones de conducción y si detecta un fallo en el sistema o una situación de peligro en el entorno, dará un aviso al usuario del vehículo para que asuma la conducción. Por tanto, el humano debe estar en todo momento atento a los avisos del vehículo y debe estar preparado para asumir la conducción y el control en todo momento. La figura del conductor en este nivel no se entiende como el conductor tradicional al que se le exige una completa atención en la supervisión de la conducción, sino que se le exige que esté preparado para intervenir en caso necesario, pero, en definitiva, debe estar atento en todo momento a las acciones del vehículo para

⁵³ Propuesta de la CE, Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las máquinas y sus partes y accesorios. Bruselas, 21-4-2021. COM (2021) 202 final, pp. 2 y 5. Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1f0f10ee-a364-11eb-9585-01aa75ed71a1/language-es/format-PDF>

⁵⁴ “La automatización de la conducción consiste en que todas o algunas de las tareas de la conducción las realiza un sistema y no un conductor humano. La automatización admite una serie de grados o niveles, por lo que el sistema podrá tener más autonomía o menos autonomía según sea el grado de automatización. Son vehículos autónomos aquellos que no necesitan de un conductor humano, o que lo necesitan sólo bajo circunstancias muy concretas, de manera que el vehículo puede conducirse a sí mismo la mayor parte del tiempo. Por otro lado, son considerados vehículos semiautónomos aquellos que tienen automatizadas algunas tareas de la conducción y sólo pueden circular autónomamente en intervalos cortos de tiempo y bajo determinadas condiciones, por lo que necesitan de un conductor humano capaz de ceder y retomar el control en cualquier momento”. A. ZORNOZA SOMOLINOS, *Vehículos automatizados y seguro obligatorio de automóviles. Estudio de Derecho comparado*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 36 y 37. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/uab/189570?>

⁵⁵ “En la conducción automatizada, el vehículo puede realizar todas o algunas de las funciones de conducción, controlando el movimiento lateral de dirección (lo que hoy hacemos con el volante) y el longitudinal (con el acelerador y el freno), bajo el control, supervisión o apoyo de un conductor humano. En la conducción totalmente automatizada o autónoma es el propio vehículo el que detecta y reconoce adecuadamente su entorno (otros vehículos, los transeúntes o ciclistas, los elementos como los semáforos y las señales, fijas o provisionales), y toma las decisiones oportunas sin intervención humana. Existen diferentes niveles de automatización, y sólo los más altos son realmente autónomos, llegando a sustituir al conductor humano”. M.NAVARRO-MICHEL, “La aplicación de la normativa sobre accidentes de tráfico a los causados por vehículos automatizados y autónomos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.12, Núm 1 (2020), Universidad Carlos III de Madrid, p. 945.

pasar a tener el control cuando se requiera⁵⁶. Por este motivo, este usuario, en el nivel 3 es un conductor “de reserva”, y mantiene todavía la calificación de “conductor”.

26. El vehículo de nivel 4 (automatización alta), puede conducir de forma autónoma cuando concurren determinadas circunstancias geográficas o ambientales. Cuando existen las condiciones para ello, el vehículo puede conducir en modo autónomo, y cuando no concurren, el conductor humano debe asumir la conducción. La conducción en modo autónomo⁵⁷ no requiere intervención humana y, si algo falla, el propio vehículo sabe lo que tiene que hacer. En el caso de que el vehículo detecte que se encuentra en una situación en la que no puede conducir de manera autónoma, bien porque empeoran las condiciones climáticas, bien porque tendría que salir de su zona geoperimetrada, debe avisar al usuario para que asuma la conducción y, si no lo hace, el propio vehículo realiza la función de maniobra al arcén, aparca y solicita asistencia de emergencia. A diferencia del nivel 3, en este nivel no existe ni se exige la figura del usuario preparado para intervenir, ya que el propio vehículo está diseñado para que, en caso de detectar un error, conduzca hasta un entorno con riesgo mínimo (por ejemplo, frenar en el arcén). Así, cuando está activado el modo autónomo podemos afirmar que la persona usuaria del vehículo no es un conductor, ni siquiera de reserva, sino que es un pasajero. No obstante, la presencia del conductor humano, aunque mínima, seguirá siendo obligatoria en aquellos supuestos en los que el vehículo no pueda continuar con el sistema autónomo. Se prescinde de un conductor que supervise la conducción, pero se exige la presencia de una persona en el interior del vehículo por si su intervención fuera necesaria bajo determinadas circunstancias. Por ello, a este pasajero se le exige que tenga la capacidad para conducir. La tecnología de un vehículo de nivel 4 debe permitir que el vehículo reduzca la velocidad hasta estacionar para desactivar el sistema autónomo y dejar que el pasajero, que se convierte entonces en conductor, tome el control. Se prevé, en consecuencia, que la tecnología permita distinguir claramente si el piloto autónomo estaba activado o no⁵⁸.

27. Con el nivel 5 (automatización completa), el vehículo es plenamente autónomo. Realiza todas las funciones de conducción en todas las situaciones, viales y ambientales, y no requiere la atención humana en ningún caso. El ocupante es, siempre, un pasajero. Hasta tal punto es así, que el vehículo puede no estar provisto de un freno de emergencia o de volante⁵⁹. Desaparece por completo la figura del conductor para ser sustituida por la del pasajero. El humano únicamente indica el destino al cual quiere llegar⁶⁰. Cabe distinguir entonces entre los vehículos automatizados que realizan ciertas operaciones de conducción y en los que la intervención del conductor se exige, aunque sea mínima (niveles 3 y 4), y los completamente autónomos (nivel 5), que se caracterizan por garantizar la totalidad de las operaciones de conducción, prescindiendo de cualquier grado de intervención humana⁶¹.

28. Este tipo de vehículos incorporan algoritmos de inteligencia artificial integrados en el *hardware* y el *software*, que son mecanismos para la toma de decisiones, desarrollados con la intención de imitar a la inteligencia humana. Se reconoce el potencial de esta tecnología para brindar los beneficios

⁵⁶ El conductor en este nivel también es calificado como “usuario preparado para intervenir”. Véase en este sentido a I. ELIZALDE SALAZAR, *Vehículos autónomos. Responsabilidad civil y seguro*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 31, 33 y 36.

⁵⁷ “Autonomía” en ingeniería de sistemas significa la capacidad que tiene una máquina o sistema para cumplir sus objetivos sin intervención humana, o con una intervención humana mínima, pudiendo apoyarse más en el conocimiento adquirido a través de sus sensores que en el conocimiento que le ha sido conferido de base”. A. ZORNOZA SOMOLINOS, *Vehículos automatizados y seguro obligatorio de automóviles. Estudio de Derecho comparado*, op. cit, p. 215.

⁵⁸ I. ELIZALDE SALAZAR, *Vehículos autónomos. Responsabilidad civil y seguro*, op. cit, pp.33, 34 115 y 116.

⁵⁹ M. NAVARRO-MICHEL, “La aplicación de la normativa sobre accidentes de tráfico a los causados por vehículos automatizados y autónomos”, op. cit, pp. 947, 948 y 949.

⁶⁰ G. AGUAS VALERO, *La responsabilidad civil derivada de la conducción de vehículos autónomos*. Trabajo de Final de Grado, en M.C. BAYOD LÓPEZ (dir), Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 2021, p.13.

La tecnología de nivel 3 ya existe y la tecnología de nivel 4 está en proceso de desarrollo. DARWIN, *¿Cuáles son los niveles de automatización de la conducción?*, 2022. Disponible en <https://darwincav.com/es/news/what-are-the-levels-of-driving-automation/#:~:text=Es%20responsabilidad%20del%20conductor%20supervisor%20las%20funciones%20automatizadas,la%20ayuda%20del%20conductor%20y%20la%20conducci%C3%B3n%20automatizada>

⁶¹ I. ELIZALDE SALAZAR, *Vehículos autónomos. Responsabilidad civil y seguro*, op. cit, p. 36.

antes mencionados, pero también se reconoce que este progreso tecnológico debe ir acompañado de nuevas soluciones legales para su desarrollo, implementación y uso. Para que estos vehículos operen con seguridad en el tráfico diario o en entornos hostiles, se deben resolver multitud de problemas de percepción, navegación y control, de infraestructura y especialmente, los desarrollos legislativos necesarios. Sin ir más lejos, este tipo de tecnología plantea, entre otras, una importante cuestión no contemplada por el momento en el ordenamiento comunitario ni tampoco en el español: la relativa a determinar quien debe asumir la responsabilidad por los daños en el caso de accidentes cuando quien conducía era la máquina y no la persona. En la legislación actual se configura una responsabilidad que gira en torno a la persona del conductor, que es quien domina y controla el vehículo⁶², pero esta perspectiva desaparece con el vehículo autónomo, al ser éste y no la persona el causante de la acción. Se trata de una responsabilidad que requiere la presencia de una persona que conduzca o gobierne el vehículo. La cuestión se complica porque en los vehículos altamente automatizados intervienen una pluralidad de agentes (fabricantes, implementadores, proveedores, desarrolladores de software, diseñadores, investigadores...), además del usuario, que pueden influir en la dinámica del vehículo a lo largo de todo su ciclo de vida, y porque además, estos sistemas tienen capacidad para aprender, decidir, predecir, adaptarse y reaccionar autónomamente a los cambios, mejorando a partir de la experiencia, sin ser programados explícitamente (*machine learning*). En este contexto basado en IA y en el aprendizaje automático, se produce lo que se denomina la “caja negra”, que se refiere a los casos en los que no es posible rastrear el motivo de ciertas decisiones de estas máquinas debido a la complejidad de las técnicas de aprendizaje automático que utilizan y a su opacidad en términos de desentrañar los procesos a través de los cuales se han llegado a tales decisiones. En la inmensa mayoría de los casos es altamente improbable averiguar por qué se genera un resultado u otro. No es posible saber por qué se ha priorizado una decisión por encima de una alternativa. Lo único que se puede hacer es analizar la acción, su resultado y sacar conclusiones⁶³. Los aspectos mencionados llevan a la imperiosa necesidad de regular este vacío legal con una normativa europea uniforme que se adapte a esta evolución tecnológica, ya que estas nuevas tecnologías crean escenarios y problemas que no están completamente cubiertos por las regulaciones, políticas y prácticas sociales existentes⁶⁴.

1. En la normativa española

29. En España, hoy en día, disponemos de una regulación sobre vehículos autónomos de escaso y deficiente contenido normativo. Esta regulación, en un principio, se recogía en la *Instrucción 15/V-113, de 13 de noviembre de 2015, sobre autorización de pruebas o ensayos de investigación realizados con vehículos de conducción automatizada en vías abiertas al tráfico en general*, aprobada por la Dirección General de Tráfico (DGT), que estableció la primera definición legal de coche autónomo: “todo vehículo con capacidad motriz equipado con tecnología que permita su manejo o conducción sin precisar la forma activa de control o supervisión de un conductor, tanto si dicha tecnología autónoma estuviera activada o desactivada, de forma permanente o temporal. A estos efectos, no tendrán la consideración de tecnología autónoma aquellos sistemas de seguridad activa o de ayuda a la conducción que para su manejo o conducción requieran necesariamente control o supervisión humana activa”⁶⁵. En

⁶² Véase en tal sentido, el art.13.1º del *Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial* (BOE nº. 261, de 31 de octubre de 2015), en el que se dispone que “el conductor debe estar en todo momento en condiciones de controlar su vehículo”.

⁶³ D. GÓMEZ GINEL, *Implicaciones éticas de los vehículos de conducción autónoma*, en R. RUBIO BARRERA (dir), TFG en ingeniería informática, escuela de ingeniería (EE), Universidad Autónoma de Barcelona (UAB), junio de 2019, p.6. Disponible en el dipòsit digital de documents de la UAB. <https://ddd.uab.cat/record/211484>

⁶⁴ INDEPENDENT EXPERT REPORT (Grupo de Expertos de la Comisión Horizonte 2020), *ETHICS of Connected and Automated Vehicles (Ética de los vehículos automatizados y conectados. Recomendaciones sobre seguridad vial, privacidad, equidad, explicabilidad y responsabilidad)*, Luxemburgo, 2020, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, pp. 4, 13, 16 y 53.

⁶⁵ Véase la INSTRUCCIÓN 15/V-11 de la Dirección General de Tráfico sobre *Autorización de pruebas o ensayos de investigación realizados con vehículos de conducción automatizada en vías abiertas al tráfico en general*, pp.1 y ss. Disponible en <https://www.dgt.es/export/sites/web-DGT/galleries/downloads/muevete-con-seguridad/normas-de-traffic/VEH-vehiculos/15.V-113-Vehiculos-Conduccion-automatizada.pdf>

nuestro país la conducción autónoma -todavía en fase de experimentación- actualmente solo se permite para la realización de pruebas bajo unos estrictos parámetros, primeramente, recogidos en la Instrucción que ahora se analiza (DGT 15/V-113), y posteriormente, en la Instrucción que la ha derogado y a la que más adelante me referiré. La Instrucción DGT 15/V-113 aclaraba que su objeto son los vehículos que incorporan tecnología con funciones asociadas a los niveles de automatización 3, 4 y 5. Disponía la obligación para el propietario del vehículo autónomo, de suscribir y mantener en vigor un contrato de seguro que cubriese hasta la cuantía de los límites del aseguramiento obligatorio de vehículos a motor, así como la responsabilidad civil derivada de los posibles daños causados en las personas o los bienes con motivo de la circulación. De los daños sufridos por un tercero la Instrucción hacía responder al conductor, aunque el vehículo estuviese circulando en modo autónomo. Tal es así, porque de conformidad con la Instrucción el conductor debe monitorizar el vehículo y ser capaz de retomar el control del mismo en todo momento. Es decir, la Instrucción imputaba la responsabilidad a la persona del conductor porque exigía que durante la circulación estuviese en todo momento en disposición de tomar el pleno control del vehículo ante cualquier eventualidad que comportase una situación de riesgo para los ocupantes del mismo o para el resto de usuarios de la vía⁶⁶. No obstante, esta solución es confusa e insuficiente porque los grados de autonomía son muy diferentes entre el nivel 3 y los niveles 4 y 5 de automatización, y la Instrucción no especificaba a cuál de ellos se estaba refiriendo para imputar la responsabilidad en el caso de accidente. En principio, al no hacer diferenciaciones, debemos suponer que se refería a los niveles que regulaba (3, 4 y 5 de automatización), pero esto es completamente contradictorio y choca con la exigencia que proclamaba de que el usuario debía estar atento y en disposición para tomar el mando en cualquier momento, lo que pone de manifiesto que realmente la Instrucción no se estaba refiriendo a los niveles de automatización autónomos, sino simplemente a los semiautónomos, como lo es el nivel 3. Ello se confirma, asimismo, con las directrices que nos proporciona la *Ley de tráfico y circulación de los vehículos a motor y seguridad vial* (texto refundido aprobado por *Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre*). Según las definiciones que se contienen en su Anexo I, se entiende por conductor “la persona que maneja el mecanismo de dirección o va al mando del vehículo”. Asimismo, en su art.13.1^o establece que el conductor “debe estar en todo momento en condiciones de controlar su vehículo”. Pues bien, cuando nos encontramos en los niveles más altos de automatización o cuando el vehículo es, propiamente autónomo (niveles 4 y 5), no puede afirmarse que haya una persona al mando del vehículo o que tenga el control, ya sea porque la persona es un pasajero sin función alguna en la conducción, o porque el vehículo circula desocupado. La cuestión que se plantea entonces es ¿quién es el conductor en el vehículo autónomo? La necesidad de identificar a un conductor aparece, así como el primer obstáculo para atribuir la responsabilidad cuando el vehículo es conducido por un sistema automatizado de nivel 4 o 5. En los vehículos de nivel 3 siempre habrá una persona a la que se le pueda imputar la responsabilidad: el “conductor de reserva” o de “respaldo” que no responde a la solicitud del vehículo de retomar el control. La tarea de la conducción no es sólo manejar directamente el volante, sino que supone también monitorizar el entorno y mantener un control constante en la actividad de la conducción y de las maniobras, siempre que el usuario tenga la oportunidad de recuperar el control manual del vehículo⁶⁷, como sucede en el nivel 3 de automatización. Un vehículo de nivel 3 solo puede conducirse en situaciones específicas y limitadas. Fuera de esas situaciones, el vehículo le pedirá al usuario que se haga cargo, por lo que deberá estar disponible para conducir en todo momento. Por ello, en el nivel 3 el vehículo sigue dependiendo ampliamente de la vigilancia del conductor, y sigue existiendo una persona que técnicamente “conduce”. Sin embargo, no hay un conductor, ni siquiera de reserva, en los vehículos de nivel 4 y 5, en los que la persona no puede tener en todo momento el dominio del vehículo. Ciertamente, a partir del nivel 4 ya podemos hablar de vehículos autónomos, ya que es el propio sistema el que

⁶⁶ Véase la INSTRUCCIÓN 15/V-113 de la Dirección General de Tráfico, cit, pp. 2 y 3.

⁶⁷ “El *conductor de respaldo* es la persona que supervisa la conducción ejercida por el sistema de automatización, y que debe estar prevenido para asumir la conducción manual del vehículo cuando sea requerido para ello por el sistema o cuando la situación lo requiera. El conductor de respaldo sólo está presente en los vehículos de nivel 3”, en los que sí es posible hablar de una persona que “conduce” el vehículo”. A. ZORNOZA SOMOLINOS, *Vehículos automatizados y seguro obligatorio de automóviles. Estudio de Derecho comparado*, op. cit, pp. 53 y 217.

toma los mandos y se puede encargar de realizar el viaje por completo⁶⁸. Todo lo cual, lleva por razones de seguridad, a la necesidad de revisar y de reformar las normas mencionadas para que se identifique con claridad quien es el conductor en cada momento⁶⁹. El régimen actual presupone la existencia de una persona a los mandos del vehículo y por tanto no contempla la posibilidad de que un vehículo sea conducido de forma totalmente autónoma. Es evidente que la irrupción de este tipo de conducción lleva aparejado necesariamente un cambio en el modelo y contenido de nuestra legislación⁷⁰. A pesar de que por el momento la conducción plenamente autónoma no se encuentra permitida en nuestro País, salvo que se trate de fase de pruebas, el legislador español debería prever las necesidades legislativas que se darán en un futuro muy próximo, cuando la circulación de este tipo de vehículos se generalice, ya que la figura del conductor como persona que maneja los mandos del vehículo ha caído en la obsolescencia. Teniendo en cuenta los avances tecnológicos, el legislador debe llevar a cabo una regulación más amplia y específica, en la que se vean incluidos tanto el conductor convencional, como el conductor que sólo hace intervenciones esporádicas en el manejo de los mandos del vehículo, así como el pasajero o bien mero ocupante de un vehículo totalmente automatizado⁷¹. Más si se tienen en cuenta los avances legislativos que últimamente se están produciendo desde la UE en este ámbito.

30. Tras la experiencia acumulada en el ámbito de los vehículos altamente automatizados y en vistas de las regulaciones internacionales, la Instrucción 15/V-113, ha sido derogada en aras a su actualización, con el propósito de adaptarse al progreso en el desarrollo de estas tecnologías en nuestro País, por medio de la Instrucción VEH 2022/07, sobre Autorización de pruebas o ensayos de investigación realizados con vehículos de conducción automatizada en vías abiertas al tráfico en general, aprobada por la Dirección General de Tráfico el 1 de abril de 2022, que tiene por objeto garantizar que las pruebas y ensayos de estos nuevos sistemas se desarrollen en condiciones de seguridad. A pesar de ello, puede decirse que muy poco o nada ha avanzado esta revisión normativa en el problema de la atribución de la responsabilidad por los daños ocasionados por los sistemas totalmente automatizados o autónomos, que como se desprende de esta nueva Instrucción, son aquellos que no requieren necesariamente el control o supervisión humana activa. La nueva Instrucción hace responsable civilmente de los daños ocasionados a terceros con motivo de la conducción en modo autónomo al “operador” del vehículo, que será en todo momento el responsable de la conducción y del manejo del mismo. Ello es así, porque la Instrucción exige al operador que durante la circulación “esté en todo momento en disposición de tomar el pleno control del vehículo, tanto si se encuentra en el interior del habitáculo como si lo conduce o maneja en remoto. En todo caso, el operador estará obligado a tomar el pleno control del vehículo ante cualquier eventualidad que suponga una situación de riesgo para los ocupantes del vehículo o para el resto de los usuarios de la vía”⁷². Por lo tanto, la Instrucción continúa imputando la responsabilidad a la persona que de alguna manera sigue teniendo el control, y que, por lo tanto, puede seguir siendo calificada entonces como conductor. Como se observa, sigue sin resolver la cuestión en relación con los vehículos con un nivel de autonomía elevado. Lo único que ha cambiado para actualizarse es el término “conductor” utilizado por la anterior Instrucción, que ha sido sustituido por el de “operador”; un término más amplio

⁶⁸ S. J. CABRERA, “Breve guía para entender los distintos niveles de conducción autónoma”, *MOTOR.ES*, 26 de febrero de 2017, apartado dedicado a los niveles 4 y 5 de automatización. Disponible en <https://www.motor.es/noticias/niveles-conduccion-autonoma-201734220.html>

⁶⁹ “En un vehículo automatizado de nivel 4 y 5 el sistema realiza todas las tareas dinámicas de la conducción sin necesidad de supervisión. En estos casos el conductor de respaldo pasa ser un operador a bordo del vehículo”. M. NAVARRO-MICHEL, “La aplicación de la normativa sobre accidentes de tráfico a los causados por vehículos automatizados y autónomos”, op. cit, p. 947, 948, 949, 950 y 951.

⁷⁰ G. AGUAS VALERO, *La responsabilidad civil derivada de la conducción de vehículos autónomos*, op. cit, p. 19.

⁷¹ C. LOZANO AMÓSTEGUI, *Un estudio sobre la conducción autónoma y su problemática jurídica*. Trabajo dirigido por J. BOFILL MORIENTES, Universidad Pontificia COMILLAS, Facultad de Derecho, Madrid 2020, pp. 20 y 21.

⁷² La Instrucción VEH 2022/07 exige al operador determinados requisitos para poder conducir este tipo de vehículos, como la declaración responsable de las aptitudes, acreditando bajo su responsabilidad que conoce la tecnología y sistemas del vehículo, que ha recibido la formación requerida para el tipo de prueba solicitada y tiene capacidad para conducir, manejar o controlar el vehículo en términos de seguridad y bajo cualquier condición, etc. Véase la Instrucción VEH 2022/07, de la Dirección General de Tráfico, de 1 de abril de 2022. pp. 1, 4, 5, 9 y 10. Disponible en <https://www.dgt.es/muevete-con-seguridad/conoce-las-normas-de-trafico/normativa-para-vehiculos/?category=instrucciones>

y flexible que sirve para designar a una persona usuaria de una tecnología que avanza en la autonomía, que ya no asume tanto la tarea del conductor tradicional o convencional, para pasar a ser una persona que solo supervisa o que toma el control en determinados momentos; situación que tiene lugar en los denominados “vehículos automatizados o vehículos de conducción automatizada”, que tienen un “motor diseñado y construido para desplazarse de manera autónoma durante determinados períodos de tiempo sin supervisión continuada por parte del conductor, pero respecto del cual se sigue esperando o necesitando la intervención del conductor”. Con todo, la Instrucción sí soluciona de una manera más acorde y detallada la cuestión relativa a la responsabilidad derivada de la circulación en modo autónomo de los vehículos automatizados que no son completamente autónomos. Puede decirse que la Instrucción VEH 2022/07, está pensando en los vehículos semiautónomos y no totalmente automatizados o autónomos. Está regulando un período de transición en el que el vehículo circula en modo autónomo solo bajo determinadas condiciones; en determinados momentos y circunstancias, y siempre bajo la supervisión y control del usuario. De hecho, a lo largo de su texto se refiere siempre terminológicamente a los “vehículos automatizados”, a los que diferencia en sus definiciones de los vehículos totalmente automatizados o autónomos, que son aquellos “diseñados y construidos para desplazarse de manera autónoma sin supervisión por parte del conductor”. Esta interpretación se desprende además de la definición que nos proporciona la Instrucción del “operador” como aquella “persona que, sentada en el asiento del conductor o bien en un puesto de control remoto, hace que se active la tecnología autónoma y supervisa su correcto funcionamiento durante las pruebas en la vía pública”, así como de la obligación que impone al operador de tener siempre acceso a los controles del vehículo (o en su caso al mando de desconexión de emergencia), aunque el vehículo circule en modo de conducción autónoma. El operador del vehículo será el encargado de supervisar la realización de los ensayos, así como de actuar en caso de emergencia⁷³, lo que pone de manifiesto que la Instrucción que ahora se analiza, al igual que la anterior, se está centrando en los sistemas automatizados con un nivel de autonomía bajo, como los vehículos de nivel 3.

31. El operador/usuario del vehículo es el responsable civil de los daños, pero no el obligado a suscribir el seguro, pues la Instrucción obliga al “propietario” del vehículo o a “cualquier persona que tenga interés en la realización de las pruebas”, a suscribir y mantener en vigor un contrato de seguro obligatorio por un montante equivalente a cinco millones de euros. Estas personas (propietario o persona que tenga interés) generalmente no serán los operadores, quienes se identifican más con personas particulares y no con personas jurídicas, mientras que el propietario o la persona que tenga interés en la realización de las pruebas, se identifica más con una persona jurídica, ya que la Instrucción legitima para solicitar la licencia o autorización administrativa para realizar este tipo de conducción a personas jurídicas: los fabricantes de los vehículos automatizados, los fabricantes de segunda fase, los laboratorios oficiales, los fabricantes o desarrolladores de la tecnología que permite al vehículo plena autonomía, las universidades, empresas y consorcios que participen en proyectos de investigación en los términos descritos en la Instrucción. A partir de aquí, cabe suponer que las personas titulares de la licencia, que son las legitimadas para solicitarla, serán normalmente las propietarias del vehículo u otra persona que tenga interés en la realización de las pruebas. La solución se asimila a la recogida en el art. 1.1º del Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que impone al conductor la obligación de concertar el seguro, o bien, a cualquier persona que tenga interés en el aseguramiento. La Instrucción contempla una responsabilidad administrativa que se sumará en su caso a la civil, para los titulares de la licencia o autorización, al disponer que “los titulares de la autorización serán responsables de que los vehículos reúnan las características técnicas adecuadas para la circulación por las vías públicas y del cumplimiento de todos los requisitos exigidos en la presente instrucción”.

32. De los datos que nos proporciona la Instrucción VEH 2022/07, cabe interpretar, entonces, que, producido el daño, la víctima podrá dirigirse siempre y en cualquier caso directamente contra la compañía aseguradora del propietario o de la persona asegurada. De esta manera, se garantiza a la vícti-

⁷³ Véase la Instrucción VEH 2022/07, de la Dirección General de Tráfico, de 1 de abril de 2022, op.cit, pp. 6 y 26.

ma el cobro de la indemnización y de la manera lo más rápida posible. Una vez abonada la indemnización por la aseguradora, debemos entender que ésta podrá ejercer una acción de repetición contra el verdadero causante del daño en los términos previstos en el art.10 del Real Decreto Legislativo 8/2004. La solución que ahora nos ofrece la Instrucción VEH 2022/07, aunque acotada a los sistemas simplemente automatizados, es más coherente con el funcionamiento semiautónomo de éstos, en aquellos supuestos en los que la persona usuaria puede todavía ejercer el control.

33. La persona propietaria del vehículo lo será, normalmente, el fabricante o alguna de aquellas personas jurídicas mencionadas en la Instrucción como partes legitimadas para solicitar la autorización administrativa. La obligación que les impone la Instrucción de suscribir el seguro es acorde con su condición de empresarios, al ser la parte económicamente más fuerte y beneficiada con la comercialización de estos sistemas. De esta manera, se consigue, además, indemnizar a la víctima con seguridad y efectividad, al poder dirigir ésta directamente su reclamación contra la aseguradora del propietario.

34. Paralelamente a este tipo de responsabilidad, puede extraerse del texto de la Instrucción VEH 2022/07, otro tipo de responsabilidad civil por hecho ajeno o responsabilidad vicaria, en la que responde el propietario o la persona interesada en la realización de las pruebas - que son las obligadas a suscribir el seguro, y que normalmente coincidirán con los titulares de la licencia - por los hechos dañosos del operador (conductor). Se trataría de una responsabilidad del propietario por culpa *in eligendo* o culpa en la elección, ya que el operador debe ser designado/elegido e identificado por el solicitante de la autorización, que generalmente será el propietario. Además, de conformidad con la Instrucción, el solicitante de la licencia debe aportar declaración responsable de las aptitudes de los operadores designados por él, acreditando bajo su responsabilidad que los mismos conocen la tecnología y sistemas del vehículo, que han recibido la formación requerida para el tipo de prueba solicitada y tienen capacidad para conducir, manejar o controlar el vehículo, en términos de seguridad y bajo cualquier condición. Es de imaginar que el operador será, en muchas ocasiones, un empleado o trabajador del propietario del vehículo, que mantendrá con éste una relación de dependencia laboral, lo que nos acerca a los criterios que contempla el Real Decreto Legislativo 8/2004, en cuyo art. 1 apartado 3º recoge la responsabilidad del propietario no conductor por los daños a las personas y en los bienes ocasionados por el conductor (ahora operador) cuando esté vinculado con éste por alguna de las relaciones que regulan los artículos 1.903 del Código Civil; responsabilidad que cesará cuando el propietario pruebe que empleó toda la diligencia debida para prevenir el daño. De no poder probarla, vendrá obligado a responder personalmente con su patrimonio o por medio de la compañía aseguradora.

35. La responsabilidad del propietario no conductor (que no es el operador o causante directo del daño) o de la persona interesada en la realización de las pruebas, que responden por el operador, es limitada, por cuanto la Instrucción impone el aseguramiento obligatorio en un montante equivalente a los cinco millones de euros, se entiende, con la finalidad de evitar el freno a esta tecnología, ya que un coste muy elevado de los seguros paralizaría el desarrollo de estos sistemas. Así, por tanto, si el montante de la indemnización que debe asumir el operador supera esta cuantía, entonces la víctima debe reclamar el resto contra el propio operador causante material del daño.

36. Otra novedad que incorpora la nueva Instrucción con el objeto de averiguar el verdadero agente causante del daño y en consonancia con la normativa Europa que insiste en la trazabilidad y explicabilidad de los accidentes, es que el vehículo esté dotado de un grabador de datos (DSSAD: aparato instalado en el vehículo con la función de grabar información y datos relacionados con la conducción en modo autónomo) o de un registrador de datos de eventos (EDR: dispositivo o la función de un vehículo que registran los datos dinámicos y de series temporales del vehículo durante el período inmediatamente anterior a un evento o durante un accidente, a fin de recuperarlos después del accidente)⁷⁴.

⁷⁴ Véase la Instrucción VEH 2022/07, de la Dirección General de Tráfico, de 1 de abril de 2022, cit, pp. 5, 9 y 10.

37. No se pronuncia la Instrucción acerca del concreto criterio de imputación que debe seguirse para atribuir la responsabilidad al operador, por lo que, por el momento, y hasta que no se alcance la esperada autonomía completa o niveles de automatización más elevados que puedan ser considerados propiamente autónomos, podemos entender que son de aplicación los mismos criterios que contempla el *Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor*, en cuyo art.1.1^o, para el caso de daños a las personas, se seguirá un criterio de imputación objetivo o por riesgo, mientras que para los daños a los bienes, se seguirá el criterio subjetivo o por culpa que recoge el art.1902 del Código Civil. Es precisamente en este criterio de imputación subjetivo donde se encuentra otro de los fallos u obstáculos en nuestra legislación vigente en materia de responsabilidad por los daños ocasionados por vehículos, para poder asignar la responsabilidad al autor del daño, ya que en el ámbito de los vehículos autónomos es injusto exigirle a la víctima la imposible o dificultosa prueba del defecto, que en muchos casos ni siquiera existe, al haber sido el daño consecuencia, no de un defecto de fabricación, sino del propio proceso autónomo de toma de decisiones del agente automático. El régimen de la responsabilidad por culpa dejará de tener sentido definitivamente en los accidentes con vehículos autónomos, ya que, si no hay conductores, los accidentes no pueden ser causados por la negligencia de éstos. En cuanto al régimen que se prevé para los daños personales, no presentaría dificultades para su aplicación a los daños causados por vehículos autónomos⁷⁵, ya que se basa en el criterio de imputación objetiva por el riesgo creado por la circulación de este tipo de vehículos, constituyendo las únicas causas eximentes de la responsabilidad el caso fortuito y la fuerza mayor. Llegados a este punto, la distinción entre los daños personales y los materiales dejará de tener sentido en el nuevo régimen de los vehículos autónomos⁷⁶.

38. La regulación española de esta materia ha dado un tímido paso más con la también reciente *Ley 18/2021, de 20 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, en materia del permiso y licencia de conducción por puntos*⁷⁷, que en cumplimiento del “Marco de la política de la Unión Europea en materia de seguridad vial para 2021-2030, de 19 de junio de 2019”, tiene por objeto reducir la tasa de siniestralidad y avanzar hacia una cifra próxima a 0 para el año 2050. Pensando en que el progreso tecnológico de la industria automotriz está permitiendo el desarrollo de dispositivos y de vehículos equipados con diversas tecnologías, que vienen a proponer distintos niveles de automatización, en su grado máximo, la conducción plenamente automatizada o autónoma, se reconoce que se impone la necesidad de prever el diseño de un futuro marco normativo que regule la circulación de estos vehículos que por su naturaleza trascienden de la regulación actual. El objeto de la reforma se centra, principalmente, en la revisión de las infracciones que detraen puntos; el reconocimiento que tiene para la seguridad vial la superación de cursos de conducción segura y eficiente; el tratamiento actualizado de la conducción profesional y la unificación a dos años del plazo que tiene que transcurrir para recuperar el saldo inicial de puntos tras la firmeza de las sanciones. Frente al agravamiento de la detracción de puntos en las infracciones, se apuesta por los cauces para mejorar el comportamiento de las personas que conducen a través de los cursos. La ley añade un artículo 11 bis, en el que se contemplan las obligaciones del titular de un sistema de conducción automatizado. El titular del sistema deberá comunicar al Registro de Vehículos del organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico las capacidades o funcionalidades del sistema de conducción automatizada, así como su dominio de diseño operativo en el

⁷⁵ Comparte esta opinión P. ÁLVAREZ OLALLA, para quien “quizá debería extenderse, para los coches autónomos, la responsabilidad objetiva también hacia los daños materiales, lo cual no tendría que significar un aumento en la prima del seguro, pues esta nueva cobertura debería verse compensada por la menor siniestralidad que se atribuye a la circulación de estos vehículos”, en “Desafíos legales ante la circulación de los coches autónomos: implicaciones éticas, responsabilidad por accidente y ciberseguridad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n^o 2/2017, Aranzadi SAU, Cizu Menor, apartado 2 relativo a la responsabilidad en caso de accidente. Disponible en https://insignis-aranzadidigital-es.ure.uab.cat/maf/app/document?srguid=i0ad82d9a000001850625e450f088a86d&marginal=BIB\2017\10732&docguid=180303cd0f00011e6983d01000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=5&epos=5&td=26&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=

⁷⁶ En sentido similar I. ELIZALDE SALAZAR, *Vehículos autónomos. Responsabilidad civil y seguro*, op. cit, pp. 119 y 120.

⁷⁷ BOE n^o. 304, de 21 de diciembre de 2021.

momento de la matriculación, y con posterioridad, siempre que se produzca cualquier actualización del sistema a lo largo de la vida útil del vehículo. Asimismo, modifica el apartado 1 del artículo 66, relativo a la exigencia de obtención previa del correspondiente permiso de circulación dirigido a verificar que el vehículo esté en perfecto estado de funcionamiento y se ajuste en sus características, equipos, repuestos y accesorios, a las prescripciones técnicas que se fijen reglamentariamente. En el precepto se establece que, en el caso de vehículos dotados de sistema de conducción automatizada, sus características, tanto de grado de automatización como del entorno operacional de uso, se consignarán en el permiso de circulación conforme se desarrolle reglamentariamente, prohibiéndose la circulación de vehículos que no estén dotados del citado permiso.

39. Otra norma que se encuentra en el punto de mira en este contexto, fruto de la transposición de la Directiva sobre productos defectuosos de 1985 a nuestro País, es el *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*⁷⁸, que recoge una responsabilidad separada específica objetiva (no basada en la culpa) para determinados servicios de alto riesgo, cuando por su propia naturaleza exijan necesariamente la garantía de niveles superiores de eficacia o seguridad, estando sometidos a este régimen especial de responsabilidad objetiva el sector de los vehículos de motor y los medios de transporte (art.148), en los que el prestador del servicio responde con la sola producción del daño y la demostración de la relación de causalidad. Aun así, éste es un régimen que se contempla solo para los servicios, no para los productos, cuando el sector de los vehículos autónomos puede verse involucrado en daños tanto en el contexto de una prestación de servicios como de adquisición de un producto. Además, este régimen presenta otras limitaciones o disfunciones en su ámbito de protección que para nada convienen ni encajan en la responsabilidad civil que pueda ser exigida por los daños ocasionados por vehículos autónomos. Entre ellas, el hecho de que el prestador del servicio va a poder exonerarse probando que ha cumplido absolutamente con todos los cuidados y diligencias que exija la naturaleza del servicio en cuestión. El cumplimiento de la normativa reglamentaria que rige la actividad no va a ser suficiente para eximirle de responsabilidad, pero sí que podrá liberarse, como he dicho, si prueba que, además, ha adoptado todas las medidas de diligencia que exija la actividad concreta, lo que nos conduce de nuevo a un régimen que está tildado de subjetividad y que es, al fin y al cabo, culpabilístico, ya que la prueba de la diligencia que permite exonerarse de la responsabilidad por un servicio defectuoso al prestador, no es más que un sistema en el que se presume la culpa, y en el que se permite excluirla probando la diligencia del presunto autor del daño. Ya se ha señalado que los sistemas basados en la culpa no son los instrumentos idóneos para resarcir a las víctimas de los daños tecnológicos, ya sea por las dificultades en la carga probatoria, como por el hecho de que, en estas tecnologías avanzadas, en muchas ocasiones el daño traerá su causa en una decisión autónoma errónea de la propia máquina, fruto de su capacidad de autoaprendizaje y en una dinámica que escapa al control de su creador, lo que puede dar lugar a que el fabricante quede liberado de responsabilidad probando que adoptó todas las medidas de diligencia y reglamentarias necesarias que se exigen en su actividad, no respondiendo entonces de los resultados imprevisibles de la máquina que son consecuencia de su evolución tras su comercialización. Otra limitación viene dada por el hecho de que se trata de un régimen que únicamente protege a consumidores o usuarios, que, además, en el caso de daños materiales, hayan sufrido tales daños solo en bienes o servicios destinados al uso o consumo privados (art.129), cuando en el sector del transporte, por la potencialidad que tiene para causar daños, interesa que la acción para exigir la reparación pueda ser ejercitada tanto por particulares como por empresas públicas o privadas.

2. En la normativa europea

40. Una de las recientes actuaciones de la UE dirigida a colmar las lagunas mencionadas, ha sido la promulgación de la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a*

⁷⁸ BOE nº. 287, de 30-11-2007

la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial, de 20 de octubre de 2020⁷⁹, por medio de la cual, se pretenden salvar los obstáculos y las insuficiencias normativas que presenta la *Directiva del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*, que se ha quedado atrás en relación con los nuevos tipos de riesgos que presentan estas tecnologías. Entre los problemas que presenta la mencionada Directiva, es de destacar el relativo a la exigencia de la prueba del defecto que corre a cargo del perjudicado para que éste pueda accionar su demanda contra el fabricante, lo que convierte este régimen, en definitiva, en casi culpabilístico; desde luego, no objetivo del todo, ya que se fundamenta, al fin y al cabo, en la negligencia del causante del daño para conseguir la reparación. Los perjudicados por las decisiones de los sistemas autónomos tienen que ser resarcidos, aunque no se pueda demostrar ningún defecto y aunque el fabricante haya adoptado absolutamente todas las medidas de diligencia exigidas. Consciente de la mencionada laguna legal, la UE ha elaborado la mencionada Propuesta, en la que se pretenden afrontar los problemas de la opacidad (elemento “caja negra”) de los sistemas de IA, que puede hacer extremadamente costoso o incluso imposible determinar quién controlaba realmente el riesgo asociado al sistema, o qué código o entrada ha provocado en última instancia el funcionamiento lesivo, y de la creciente autonomía de estos sistemas, debido a sus capacidades de aprendizaje automático y aprendizaje profundo, que los convierte en cada vez más imprevisibles e incontrolables⁸⁰. Sienta unas bases generales o comunes para todos los sistemas de IA, distinguiendo entre la tecnología de IA de alto riesgo, dentro de la cual se incluye a los vehículos de alta automatización, y la tecnología que no es de alto riesgo. Para la primera se sigue un sistema de responsabilidad objetiva, con la finalidad de garantizar que siempre que se materialice el riesgo, la víctima sea indemnizada. Este régimen prevalecerá sobre los regímenes nacionales de responsabilidad civil en caso de divergencia. En cuanto a los sistemas de IA que de conformidad con la Propuesta no sean considerados de alto riesgo, deben quedar sometidos al régimen de la responsabilidad subjetiva o por culpa vigente en las respectivas legislaciones nacionales de los Estados miembros, pero con las adaptaciones y ajustes impuestos en la mencionada Propuesta y asimismo, en las regulaciones adoptadas con posterioridad a la misma, en las que se considera que los perjudicados deben poder beneficiarse de aligeramientos en la carga de la prueba de la culpa y de la relación de causalidad, por medio del establecimiento de presunciones.

41. Las enormes dificultades que plantea la averiguación de la verdadera causa del daño tecnológico, y en consecuencia, el poder dirigir la reclamación de la responsabilidad civil hacia una persona en concreto, se quieren salvar en la Propuesta por medio de la introducción de la figura del “operador” del sistema de IA, que es la persona que va a asumir la responsabilidad por el daño causado, por el hecho de aparecer como el sujeto que ejerce el mayor grado de control sobre el funcionamiento del sistema causante de la lesión, con independencia de la verdadera causa del defecto o fallo concreto que haya llevado efectivamente al resultado lesivo, el cual será normalmente imposible o muy difícil de detectar. Se trata de quien se encuentra en mejores condiciones para controlar un riesgo determinado y poder gestionarlo con éxito. Es quien, en definitiva, por el tipo de acción llevada a cabo por la máquina, parece haber tenido más nivel de influencia en su funcionamiento, por lo que debe ser quien *a priori*, asuma toda la responsabilidad. El operador no tiene por qué coincidir necesariamente con la persona del productor, ya que también puede ser el desarrollador o el programador o incluso el usuario final, y, por tanto, se considera que la figura del operador puede estar cubierta de manera justificable por un régimen de responsabilidad civil propio y distinto al previsto por la Directiva para la responsabilidad del fabricante⁸¹. El operador no podrá eludir su responsabilidad argumentando que el proceso causante del daño se encontraba fuera de su control porque fue causado por un funcionamiento autónomo del sistema. Esta

⁷⁹ Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.htm

⁸⁰ M^a C. NÚÑEZ ZORRILLA, “Los nuevos avances en la regulación europea de la responsabilidad civil por los daños ocasionados en el ámbito del transporte con inteligencia artificial”, op.cit, p. 221.

⁸¹ M^a C. NÚÑEZ ZORRILLA, “Los nuevos avances en la regulación europea de la responsabilidad civil por los daños ocasionados en el ámbito del transporte con inteligencia artificial”, op.cit, pp. 222 y ss.

funcionalidad no podrá ser utilizada por el operador para evadir su responsabilidad, ya que, de ser así, la víctima se quedaría muchas veces sin cobrar.

42. Esta responsabilidad civil extracontractual puede ser accionada tanto por particulares como por entidades o empresarios públicos o privados que sufren daños en bienes destinados a un uso exclusivamente empresarial o profesional, ampliándose así el ámbito de protección respecto a la Directiva sobre productos defectuosos de 1985, que circunscribe su protección a los consumidores o usuarios, y por lo tanto, únicamente a los daños sufridos en bienes destinados principalmente al consumo o uso privativo o personal. Esta ampliación de la responsabilidad que contempla la Propuesta parece más coherente con una tecnología que también puede causar importantes y graves daños a los empresarios.

43. Otro de los avances significativos que incorpora la Propuesta, es que no distingue entre los productos y los servicios⁸², ni tampoco limita su aplicación a unos o a otros, por lo que hay que entender que la figura del operador abarca tanto a los productos como a los servicios gobernados por sistemas de IA. Esta solución elimina el problema que se venía planteando en la Directiva sobre productos defectuosos de 1985, de tener que delimitar si nos encontramos ante un producto o ante un servicio en un sistema concreto de IA, ya que en este tipo de tecnología esta concreción en ocasiones resulta difícil de aclarar. Tampoco excluye de su ámbito de aplicación a ningún tipo específico de IA. Va destinada a todo tipo de sistemas, con independencia de que se basen exclusivamente en programas informáticos, que actúen en el mundo virtual o estén integrados en dispositivos físicos. De este modo, se evitan los problemas que ha venido planteando la Directiva sobre productos defectuosos de 1985, en relación a la amplitud que debe abarcar la noción de producto⁸³. La protección de los tipos de daños que recoge también es más amplia que la de la Directiva de 1985 sobre productos defectuosos, ya que no excluye los daños que sufre el propio producto adquirido, lo que permite la reparación de los daños que sufra el propio vehículo a raíz del accidente, como, asimismo, los daños ocasionados por el vehículo a terceros. A ello debe añadirse, además, que la Propuesta incluye dentro de su ámbito de protección, no solo los daños morales derivados de muerte, como sí hace la Directiva de 1985, sino también los daños morales derivados de lesiones físicas o psíquicas y de daños en bienes materiales o económicos, siendo consciente de que tal vez los daños morales cobran una mayor importancia en las relaciones humano-robots.

44. Teniendo en cuenta la definición de la figura del operador en la Propuesta, parece que en el ámbito de la conducción altamente automatizada la responsabilidad debe recaer principalmente sobre el fabricante del vehículo, como parte que está en mejor posición para evitar el accidente, y no sobre la persona que lo utiliza (el poseedor, el pasajero), puesto que ya no puede ser calificada como conductora, con la salvedad de aquellos casos puntuales en los que el daño haya derivado de una decisión de la persona usuaria. Sin embargo, la asignación de la responsabilidad al fabricante por los daños ocasionados por el vehículo cuando está en modo autónomo o por los vehículos totalmente autónomos, puede plantear limitaciones a la innovación y al desarrollo, que pueden conducir a que los fabricantes no quieran comercializar sus vehículos hasta que se consideren que son lo suficientemente seguros para no tener ningún accidente. Además, los fabricantes trasladarían estos costes de mejorar sus vehículos a los consumidores, elevando el precio final del producto, con lo que se comercializarían más tarde y serían más caros⁸⁴. Todo ello, lleva a la necesidad de tener que compensar económicamente a los fabricantes de alguna manera. Así lo ha hecho la Propuesta que ahora se comenta, por medio del establecimiento de límites a las cuantías indemnizatorias que puedan ser exigidas con ocasión de la lesión producida,

⁸² “Hay quien sostiene que, cuando nos encontramos ante tareas realizadas por robots (e.j., conducción automática), podría defenderse que en realidad nos hallamos ante una prestación de servicios, lo que nos situaría fuera del ámbito de la Directiva por Producto Defectuoso. En cualquier caso, se estima conveniente una reforma legislativa que aporte seguridad jurídica a este respecto”. A. SEJO BAR, “El coche autónomo: una aproximación a la responsabilidad civil en la era digital”, en E. ORTEGA BURGOS, *Nuevas tecnologías 2020*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp.369-504, p. 380.

⁸³ M^a C. NÚÑEZ ZORRILLA, “Los nuevos avances en la regulación europea de la responsabilidad civil por los daños ocasionados en el ámbito del transporte con inteligencia artificial”, op.cit. pp. 211, 214, 215, 221, 223 y 224.

⁸⁴ En igual sentido I. ELIZALDE SALAZAR, *Vehículos autónomos. Responsabilidad civil y seguro*, op. cit, pp. 135 y 136.

para evitar de esta forma el freno a la fabricación de este tipo de vehículos, o para evitar que se eleve excesivamente el precio de los mismos haciéndose repercutir en el adquirente final.

45. El criterio de imputación que aplica la Propuesta de Reglamento para reclamar la responsabilidad por el funcionamiento de los sistemas de IA que conllevan un alto riesgo de peligro para el público en general, como lo son los vehículos autónomos, en todos los tipos de daños, es, como se ha dicho, el objetivo, en el que la víctima solo debe probar el daño y la relación de causalidad, siendo de parte del demandado la carga de probar alguna causa que le exima de responsabilidad, que en este régimen únicamente pueden ser la fuerza mayor o la culpa exclusiva de la víctima. El operador/fabricante no podrá eximirse de responsabilidad probando que actuó con la diligencia debida o que el perjuicio fue causado por un proceso autónomo de toma de decisiones del sistema de IA. El operador responderá con la sola demostración del daño y de la relación de causalidad, con independencia de si el daño ha sido debido o no a un defecto de fabricación o a un incumplimiento de los deberes como operador. En este régimen estas circunstancias no importan porque se hace responder al operador por la sola existencia de un daño originado por una IA de alto riesgo, respecto de la cual, se parte de la premisa de que la explicación o averiguación de los fallos o motivos de la actuación errónea, son imposibles o muy difíciles de determinar, o que ni siquiera existen, porque dependen del aprendizaje autónomo de la máquina. Éste sería el criterio de imputación que habría que aplicar a la conducción altamente automatizada (niveles 4 y 5 de automatización), con fundamento en el riesgo que se genera con su explotación, fabricación y utilización⁸⁵, ya que, de conformidad con la Propuesta de Reglamento, este sector se encuadra dentro de los sistemas de alto riesgo, que son aquellos que, funcionando de manera autónoma y siendo imposibles de predecir de antemano, presentan un elevado potencial de causar perjuicios a una o más personas⁸⁶.

46. Con la finalidad de que las víctimas sean efectivamente indemnizadas, la Propuesta europea impone para los operadores de sistemas de IA de alto riesgo, la obligación de concertar un seguro de responsabilidad civil. Sin embargo, esta obligación de aseguramiento adolece de una falta de concreción en el ámbito de los vehículos autónomos, en los que habría que detenerse a concretar más, dada la importancia del sector. Tal es así, porque producido el daño, el camino más rápido y cómodo para el perjudicado sería reclamar contra la entidad aseguradora del propietario o en su caso, usuario del vehículo, que en la mayoría de las veces coincidirá con el propietario; no contra el fabricante, que sería el operador o sujeto con la capacidad, en la mayor parte de las veces, de controlar y de prevenir el riesgo en cuestión, por lo que en este sector, habría que contemplar la obligación de aseguramiento para el propietario del vehículo o para el usuario, que puede no coincidir con el fabricante en el momento de producirse el daño, al margen de la obligación del fabricante no propietario, de disponer también de un seguro. En este sentido, podría reconocérsele a la compañía aseguradora del propietario del vehículo (primera obligada a responder ante la víctima) un derecho de repetición contra la compañía aseguradora del fabricante (responsable en última instancia y verdadero responsable), por la totalidad de la indemnización abonada al perjudicado, repartiéndose de esta manera el peso de la responsabilidad entre los dos agentes que se benefician de la utilización del vehículo en el mercado cuando ambos sean personas distintas.

47. Ante la complejidad que plantea el poder identificar al sujeto responsable en este sector, una alternativa en el aspecto del aseguramiento podría consistir en la implementación de un seguro directo asociado al propio vehículo autónomo, que prescinda de criterios subjetivos como la culpa o del control sobre el mismo. Existe, en este sentido, un tipo de seguro denominado *No-Fault Insurance* o “seguro sin determinación de responsabilidad personal”, bajo el cual se cubre al asegurado por los daños derivados

⁸⁵ Sobre el fundamento de este régimen de imputación, véase a J.M. MARTÍN OSANTE, “Seguro de responsabilidad civil por productos”, en A. B. VEIGA COPO (dir)/M. MARTÍNEZ MUÑOZ (coord.) *Seguro de personas e inteligencia artificial*, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 913-934, p. 932.

⁸⁶ “Dentro del sector del transporte se mencionan como sistemas de IA de alto riesgo los vehículos con niveles de automatización elevados, las aeronaves no tripuladas y los sistemas autónomos de gestión del tráfico”. M^a C. NÚÑEZ ZORRILLA, “Los nuevos avances en la regulación europea de la responsabilidad civil por los daños ocasionados en el ámbito del transporte con inteligencia artificial”. *op.cit.*, pp.227, 228 y 229.

de la actividad asegurada por su propia compañía de seguros, sin que sea necesaria la declaración de un sujeto responsable. Es un seguro de aplicación directa una vez ocurre el accidente, en el que se prescinde de cualquier tipo de responsabilidad personal; ya sea por culpa u objetiva. Elimina el principal problema que plantea el régimen de responsabilidad civil sobre la necesidad de identificar a un nuevo sujeto como responsable de los daños ocasionados por vehículos autónomos. Los pasajeros del vehículo o terceras personas que no participan en la actividad de circular cobran la indemnización con la mera producción del accidente, sin perjuicio de que en la práctica se busque al verdadero responsable causante del daño. El riesgo asegurado está asociado simplemente, a que el daño sea consecuencia de un accidente de circulación, incluso siendo incierta la causa del accidente. La UE podría apostar por crear un sistema armonizado de aplicación obligatoria para todos los Estados miembros, basado en un seguro de *no-fault*, eliminándose de esta forma la disparidad de reglas nacionales de responsabilidad civil en materia de accidentes de circulación entre los distintos Estados miembros⁸⁷.

48. En suma, a partir de esta normativa europea uniforme que sienta con carácter vinculante para los Estados miembros las bases generales para la reclamación de la responsabilidad civil derivada de los daños producidos por agentes con IA, el legislador europeo, y, asimismo, posteriormente el español, deberían abordar una regulación sectorial en la que se concretasen los criterios para la exigencia de este tipo de responsabilidad en los diferentes ámbitos del transporte, y de esta manera, poder contar con normativas europeas uniformes específicas que abordasen con detalle la responsabilidad derivada de este tipo de daños y los concretos sujetos responsables en los sectores aire, mar y tierra. Debe llevarse a cabo una evaluación exhaustiva que adapte el actual marco jurídico de la Unión para aclarar quién debe asumir la responsabilidad en caso de accidentes causados por vehículos completamente autónomos, y cuando el nivel de autonomía implique que el vehículo puede ser conducido tanto de forma completamente autónoma, como también por un conductor, es necesario poder determinar de manera inequívoca quién es el culpable en cada caso en particular.

49. La construcción de un marco jurídico europeo uniforme en materia de responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de IA ha continuado con la aprobación de una Propuesta de Directiva que complementa el régimen general sobre responsabilidad civil derivada de la IA elaborado hasta la fecha por la UE. Ésta es la reciente *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA)*, de 28 de septiembre de 2022, aplicable a las demandas de responsabilidad que se fundamenten en el criterio de imputación subjetiva o por culpa, que es el régimen que debe aplicarse a los sistemas de IA que no son de alto riesgo, o en su caso, a los de alto riesgo que todavía no hayan recibido esta consideración oficial en la normativa de la UE. Parte de la premisa de que las características específicas de la IA (su complejidad, su autonomía y su opacidad), pueden dificultar o hacer excesivamente costoso para las víctimas determinar cual es la persona responsable y el concreto fallo, defecto, error o actuación negligente causante del daño, así como enfrentarse a procedimientos judiciales mucho más largos, en comparación con los casos que no tienen relación alguna con la IA. Las normas nacionales en vigor en materia de responsabilidad civil basadas en la culpa, aun cuando se trate de sistemas que no sean de alto riesgo, no son adecuadas para tramitar las demandas de responsabilidad civil por daños causados por productos y servicios en los que se recurre a la IA.

50. Si la UE no actúa, se espera que los Estados miembros adapten sus normas nacionales de responsabilidad civil a los retos que plantea la IA, lo que dará lugar a una mayor fragmentación y a un aumento de los costes para las empresas que operan en la UE. Es por ello, que el objetivo de la Propuesta es garantizar que las víctimas de productos y servicios basados en IA (personas físicas, empresas y cualquier otra entidad pública o privada) no estén menos protegidas que las víctimas de las tecnologías tradicionales, así como reducir la inseguridad jurídica de las empresas que desarrollan o utilizan la IA, en especial, en un contexto transfronterizo, en relación con su posible exposición a la responsabilidad

⁸⁷ I. ELIZALDE SALAZAR, *Vehículos autónomos. Responsabilidad civil y seguro*, op. cit, pp. 165, 167, 170, 171 y 172.

civil, evitando la aparición de normativas nacionales fragmentadas en esta materia que incrementarían los obstáculos para la introducción generalizada de productos y servicios basados en IA en todo el mercado interior. El objetivo indicado quiere conseguirse en la Propuesta por medio del establecimiento de criterios para conseguir aligeramientos en la carga de la prueba de la culpa y de la relación de causalidad basados en presunciones refutables (*iuris tantum*) que serán vinculantes para todos los Estados miembros, sin perjuicio de que éstos puedan adoptar o mantener disposiciones nacionales más favorables para los demandantes, siempre que sean compatibles con el derecho de la Unión. Ahora bien, este tipo de presunciones no pueden llevar a una inversión total de la carga de la prueba, para evitar exponer a los operadores de sistemas de IA en una situación de sobrecarga en el riesgo, que podría obstaculizar la innovación y el freno a esta tecnología. Por tal motivo, siempre se le va a exigir al demandante la prueba de al menos unos indicios probatorios de los que pueda desprenderse un juicio de probabilidad cualificado de la existencia de la culpa o de la relación de causalidad. La aplicación de estas presunciones está sujeta, en general, a que el órgano jurisdiccional determine que es excesivamente difícil para el demandante demostrar estos elementos⁸⁸.

51. La futura Directiva concede a los demandantes potenciales el derecho a solicitar que un órgano jurisdiccional pueda ordenar la exhibición de información y de pruebas relativas a sistemas de IA de alto riesgo de los que se sospeche que han causado daños, a los proveedores, a las personas sujetas a las obligaciones de los proveedores y a los usuarios demandados, antes de presentar una demanda por daños y perjuicios. Dicha exhibición solo podrá ordenarse cuando el demandante potencial presente hechos e información suficientes para acreditar la viabilidad de una demanda, y haya presentado previamente una solicitud de exhibición de pruebas al proveedor, a la persona sujeta a las obligaciones del proveedor o al usuario, y que esta solicitud haya sido denegada. Asimismo, también se permite la solicitud de exhibición de pruebas a proveedores y usuarios que no hayan sido demandados, en el caso de que se hayan realizado sin éxito todos los intentos de obtener las pruebas del demandado (art.3). Estos criterios son coherentes con la mejor posición en la que se encuentran las personas demandadas para aportar pruebas e información sobre los hechos del accidente; especialmente, los fabricantes y suministradores, ayudándose de esta forma a las víctimas, que, en los asuntos relacionados con tecnologías con IA, siempre se encuentran en una posición de desventaja en el acceso a la información y a las pruebas para poder encauzar su demanda.

52. En los regímenes basados en la culpa, el demandante debe probar el daño, la negligencia detallada del autor del mismo y la relación de causalidad entre el daño y la actuación culposa del autor. En la futura Directiva se tiene en cuenta el hecho de que en ocasiones pueda resultar muy dificultoso la obtención de pruebas que demuestren el nexo causal. El gran número de personas que suele participar en el diseño, desarrollo, la introducción generalizada y el funcionamiento de sistemas de IA, hace difícil que los perjudicados puedan identificar a la persona potencialmente responsable del daño causado y puedan reunir los elementos que se requieren para poder probar la culpa de cara a la interposición de una demanda. Para tales casos se contempla una presunción de causalidad *iuris tantum*, entre la culpa y el resultado lesivo producido por la IA, que será aplicada por el órgano jurisdiccional siempre que concurren las condiciones del art.4 de la Directiva. La presunción de causalidad eximirá a la víctima de tener que explicar detalladamente la manera en que una concreta falta u omisión ha provocado el daño. Si la víctima puede demostrar que alguien ha incurrido en culpa por no cumplir una determinada obligación pertinente en relación con el daño y que es razonablemente probable que exista un nexo causal con el rendimiento de la IA, el órgano jurisdiccional puede presumir que ese incumplimiento ha provocado el daño. Por otra parte, el demandado puede refutar la presunción (por ejemplo, probando que el daño ha

⁸⁸ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA), Bruselas, 28.9.2022 COM (2022) 496 final, pp.1-3, 6, 7, 15 y 16. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0496&qid=1664894487040>

sido provocado por una causa diferente)⁸⁹. Esta presunción de causalidad no regirá cuando el demandado demuestre que el demandante tiene la posibilidad de acceder razonablemente a las pruebas y conocimientos especializados suficientes para probarla. No obstante, el aligeramiento de la carga de probar la causalidad no es apropiado en virtud de la Directiva cuando el demandado no sea un profesional, sino un usuario particular o persona que utiliza el sistema de IA para sus actividades privadas. En tales casos, para lograr un equilibrio entre los intereses de los perjudicados y de los usuarios no profesionales, se tiene en cuenta si dichos usuarios pueden aumentar, mediante su comportamiento, el riesgo de que un sistema de IA cause daños. A los usuarios no profesionales que comprenden sistemas de IA y simplemente los pongan en funcionamiento con arreglo a su finalidad, sin interferir sustancialmente en las condiciones de funcionamiento, no se les debe aplicar la presunción de causalidad establecida en la Directiva. En caso contrario, sí que debe aplicarse la presunción de causalidad. Este podría ser el caso, por ejemplo, cuando el usuario no profesional no respeta las instrucciones de uso u otras obligaciones de diligencia aplicables a la hora de elegir el ámbito de operación o de fijar las condiciones de funcionamiento del sistema de IA. Esto se entiende sin perjuicio del hecho de que el proveedor (fabricante) debe determinar la finalidad prevista de los sistemas de IA, incluidos el contexto y las condiciones específicas de uso, y eliminar o minimizar los riesgos de dicho sistema según convenga en el momento del diseño y el desarrollo, teniendo en cuenta los conocimientos y la experiencia de los usuarios previstos⁹⁰.

53. Los criterios que contempla la Directiva sobre responsabilidad en materia de IA, relativos al aligeramiento de la carga de la prueba en los sistemas de imputación basados en la culpa, podrían tener cabida y ser aplicables en la legislación española que regula la responsabilidad por la circulación de vehículos a motor (*Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor*), en aquel régimen de ésta dedicado concretamente a la responsabilidad civil subjetiva del conductor, que es la que tiene lugar cuando se producen daños a los bienes con motivo de la circulación (art.1.1^o). Ya he señalado que mientras no se alcancen los niveles de automatización más elevados (4 o 5), que son los realmente autónomos, y mientras no dispongamos de otra regulación más específica, éste es el régimen que por el momento debe aplicarse al nivel de automatización 3, en el que todavía puede hablarse de una persona que conduce, aún y cuando el vehículo se encuentra en el modo autónomo. Con todo, la autonomía de la tecnología que se activa en determinados momentos puede hacer muy difícil para la persona perjudicada la demostración de la culpa y de la relación de causalidad, y es entonces cuando deben entrar en juego las presunciones ya examinadas de la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil extracontractual en materia de IA. En el nivel 4 sin embargo, habría que distinguir los momentos en los que el vehículo circula en modo autónomo de aquellos momentos puntuales en los que circula con conductor, para aplicar solo en este segundo supuesto el criterio de imputación subjetivo, en el que debería tenerse en cuenta y barajarse la posibilidad de aplicar las herramientas del aligeramiento de la carga de la prueba de la culpa y de la relación de causalidad que recoge la propuesta de Directiva para los escenarios más complejos. Es decir, el nivel 4 de automatización debería quedar sometido, por regla de principio, al criterio de imputación objetivo que recoge la Propuesta europea para los sistemas de alto riesgo, ya que en este nivel el conductor humano es prácticamente inexistente, y al criterio subjetivo de responsabilidad atenuado con los beneficios de las presunciones para el demandante en los daños producidos en los momentos puntuales en los que la persona usuaria tiene el control del vehículo, aunque solo para los casos de daños a los bienes. Todo lo cual, conduce, en definitiva, a la necesidad, una vez más, de aclarar esta telaraña de responsabilidades, por medio de la elaboración una regulación europea y asimismo nacional, en la que se contemple de forma específica un régimen dedicado a los vehículos automatizados, distinguiendo entre los distintos niveles de automatización.

⁸⁹ Nota de prensa de la CE, “Preguntas y respuestas: Directiva sobre responsabilidad civil en materia de IA”, Bruselas, 28 de septiembre de 2022, puntos 2 y 4. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/QANDA_22_5793

⁹⁰ Véanse los arts. 3 y 4 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA), Bruselas, 28.9.2022 COM (2022) 496 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0496&qid=1664894487040>

V. Las directrices morales que guiarán las actuaciones de los vehículos autónomos

54. Si los vehículos son más eficientes gracias a la autonomía que les caracteriza, la cual se alimenta por medio de la capacidad de aprendizaje de la que son dotados y los habilita para el cumplimiento de acciones no programadas, resulta importante intentar incluir en el código del programa reglas que puedan gobernar sus comportamientos, permitiéndoles distinguir entre las conductas posibles, las más apropiadas o las menos nocivas. La ética de las máquinas se preocupa por construir e insertar en el funcionamiento de éstas un código moral⁹¹, que es imprescindible para que puedan convivir y relacionarse con los seres humanos de una manera correcta, y, especialmente, para evitar los daños y los riesgos.

55. Las tecnologías con IA suscitan preocupaciones éticas fundamentales, como, por ejemplo, en relación con los sesgos que pueden incorporar, lo que puede llegar a provocar discriminación, desigualdad, exclusión y suponer una amenaza para la diversidad cultural, social y biológica, así como generar divisiones sociales o económicas. Las personas pueden interactuar con los sistemas de IA a lo largo de su ciclo de vida, pero en el marco de esas interacciones las personas nunca deberían ser cosificadas; su dignidad no debería ser menoscabada y sus derechos humanos y libertades fundamentales nunca deberían ser objeto de violación o abuso. La IA no puede reemplazar la autonomía humana ni asumir la pérdida de libertad individual. Debe desarrollarse para “complementar” a los seres humanos, aumentando sus capacidades, sin mermar la capacidad de los humanos para actuar y decidir libremente⁹². Por ello, es imprescindible ofrecer a los creadores de la IA una base moral - valores y principios - que deban ser respetados durante toda la vida del sistema, y cuando resulte necesario y conveniente, ser revisados mediante las modificaciones de las normativas existentes y la elaboración de otros principios y valores nuevos⁹³.

56. En el ámbito de los vehículos autónomos la dimensión ética es muy importante para constatar si las decisiones adoptadas por éstos son correctas o no, ya que de ello va a depender la derivación de la responsabilidad correspondiente cuando se produce un daño. A los vehículos autónomos se les dota de unos sistemas para que tomen decisiones en fracciones de segundo con implicaciones de vida o muerte. Deben realizar millones de operaciones que les permita tomar decisiones con rapidez mientras están circulando, aunque estrictamente hablando, puede decirse que la toma de decisiones moralmente más importante se hace en una etapa anterior. Se realiza en el proceso de planificación cuando se decide cómo van a programarse los vehículos para responder a los escenarios de accidente⁹⁴. Los vehículos autónomos prometen ser más seguros que los coches convencionales, sin embargo, no pueden ser 100% seguros, ya que las colisiones son en muchas ocasiones inevitables. Es por esto, por lo que el principal dilema que se le presenta a un programador es el de programar el *software* del vehículo de tal manera que éste, ante escenarios donde las colisiones son altamente probables o inevitables, se vea obligado a elegir entre múltiples cursos de acción, siendo todos ellos perjudiciales para alguna de las partes involucradas. Aunque las propias máquinas vayan aprendiendo y tomen sus propias decisiones, vienen programadas de serie, por lo que en cierta manera los programadores están ponderando el valor de las acciones anticipadamente⁹⁵. Ahora bien, aunque la inserción en la programación de estas máquinas de unos valores morales que guíen sus actuaciones resulta trascendental, a mi modo de ver, la tarea de implantarles efectivamente una

⁹¹ E. PALMERINI, “Robótica y derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea”. En *Revista de Derecho Privado*. N.º. 32. Enero-junio de 2017, pp. 53-97, p. 58.

⁹² Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital (2020/2266(INI)), pp.10 y 12, Bruselas 2022. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_ES.pdf

⁹³ Los “actores” de la IA pueden definirse como “toda persona que participe en, al menos, una etapa del ciclo de vida del sistema de IA, pudiendo ser tanto personas físicas como jurídicas, como, por ejemplo, investigadores, programadores, ingenieros, especialistas en datos, usuarios finales, empresas, universidades y entidades públicas y privadas, entre otros”. UNESCO, Proyecto de texto de la recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial. Conferencia General. 41^a reunión, París, 2021, pp. 4, 8, 10, 13-20. Disponible en https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379920_spa.page=15

⁹⁴ J. A. VALERO MATAS Y A. DE LA BARRERA, “El coche autónomo: ¿un futuro mejor?”, op.cit, pp.153-155.

⁹⁵ C. LOZANO AMÓSTEGUI, *Un estudio sobre la conducción autónoma y su problemática jurídica*. Tutor: Prof. Jaime Bofill Morientes, Madrid, abril de 2020, pp. 44 y 45. Disponible en <https://repositorio.comillas.edu/jspui/bitstream/11531/38601/1/TFG%20-%20Lozano%20Amostegui%2C%20Cristina.pdf>

ética que determine sus actuaciones futuras resulta bastante complicado, y es que, como ya sabemos, estas máquinas aprenden continuamente de la experiencia a lo largo de todo su ciclo de vida, llegando a adoptar sus propias decisiones que pueden estar influenciadas perfectamente por patrones de conducta procedentes de humanos o de otras máquinas con las cuales se relacionan, y no hay que olvidar la enorme cantidad de actuaciones no éticas que son llevadas a cabo por los seres humanos que interactúan con ellas. A lo que debe añadirse que, a la hora de procesar sus actuaciones, la autonomía de la máquina la aleja del entrenamiento inicial de su creador para pasar a pensar por ella misma, y aunque disponga de las mayores capacidades de razonamiento lógico, no tiene consciencia, carece de emociones, de estados de ánimo, no tiene sentimientos, ni puede discernir entre lo correcto e incorrecto, ni entre lo bueno y lo malo⁹⁶, lo cual hace que nos movamos en un terreno en el que siempre habrá un riesgo de resultado no acorde a los valores éticos implantados inicialmente en el sistema. En cualquier caso y pese a las grandes dificultades que plantea el terreno de la ética, resulta muy conveniente desarrollar una guía con principios de alcance universal para el uso concreto de esta tecnología en los vehículos altamente automatizados y autónomos, como medio de apoyo para la mejora de la seguridad vial⁹⁷.

57. Los Estados miembros han avanzado ya en el establecimiento de un grupo de trabajo sobre los aspectos éticos de la conducción automatizada y conectada con el fin de especificar las cuestiones éticas que deben abordarse conjuntamente a escala de la UE, y así, la Comisión Europea publicó, el 18 de septiembre de 2020, el informe “Ethics of Connected and Automated Vehicles (CAVs)” (Ética de los Vehículos Conectados y Automatizados) realizado por un Grupo de Expertos independientes, que contiene recomendaciones sobre cuestiones que plantean los vehículos conectados y autónomos, lo que representa un gran avance en el sector de la movilidad sin conductor.

Las recomendaciones se han puesto en práctica para tres grupos de partes interesadas: 1) fabricantes e implementadores, 2) formuladores de políticas e 3) investigadores.

58. El objetivo del informe es promover una transición segura y responsable hacia los vehículos conectados y automatizados (CAV), apoyando a las partes interesadas en la inclusión sistemática de consideraciones éticas en el desarrollo y la regulación de los mismos. El informe reconoce el potencial de la tecnología CAV para generar beneficios, como la reducción de muertes y emisiones, pero también reconoce que el progreso tecnológico por sí solo no es suficiente para realizar este potencial. Para lograr los resultados deseados, la visión futura de los CAV debe incorporar un conjunto amplio de consideraciones éticas, legales y sociales en su desarrollo y despliegue⁹⁸. Además, se propone que las recomendaciones se guíen por los siguientes principios éticos:

- *No maleficencia.* Debe respetarse la integridad física y psíquica de los seres humanos. También se debe proteger el bienestar de los demás seres vivos y la integridad del planeta. En relación con los CAV, esto significaría, por ejemplo, que el primer y más importante requisito ético es no aumentar el riesgo de daño para los usuarios de la vía (incluidos los usuarios de CAV u otros usuarios de la vía que interactúan con los CAV) en comparación con la conducción manual.
- *Beneficencia.* La tecnología CAV debe diseñarse y operarse para contribuir positivamente al bienestar de las personas, incluidas las generaciones futuras y otros seres vivos, siempre que sea compatible con el principio de no maleficencia.

⁹⁶ J. M. MUÑOZ VELA, *Cuestiones éticas de la Inteligencia Artificial y repercusiones jurídicas. De lo dispositivo a lo imperativo*, Navarra, Aranzadi, 2021, p. 108.

⁹⁷ M. C. GIRÓN TOMÁS, “El uso de la tecnología en los vehículos a motor y en los RPAS para la mejora de la seguridad vial y su posible uso al servicio de la seguridad pública. Las nuevas versiones de la ética pública: carética y dronética”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 26, 2020, pp: 195-226, p.197.

⁹⁸ L. SMITH, *Ética de los Vehículos Conectados y Automatizados: informe de un grupo de expertos de la Comisión Europea*, 2-octubre-2020, párrafos 1º y ss. Disponible en <https://aihub.org/2020/10/02/ethics-of-connected-and-automated-vehicles-a-european-commission-expert-group-report/>

Las operaciones de CAV no solo deben apuntar a la minimización de costos, sino que deben también beneficiar a las personas. El objetivo principal de los CAV debe ser mejorar las oportunidades de movilidad y generar más beneficios para las personas, en especial, la mejora de las oportunidades de movilidad de las personas con necesidades especiales.

- *Dignidad*. Cada individuo humano posee un valor intrínseco que no debe ser violado ni intercambiado por el logro de ningún otro fin. La dignidad es la base de la igualdad de todos los seres humanos y constituye el punto de referencia normativo que fundamenta los derechos humanos. En relación con las CAV, el respeto a la dignidad humana requiere que los derechos fundamentales de la persona no se infrinjan ni sacrifiquen en nombre de otros bienes sociales.
- *Autonomía personal*. Los seres humanos deben ser vistos como agentes morales libres. Esto requiere que las CAV protejan y promuevan la capacidad de los seres humanos para decidir sobre sus movimientos y, de manera más general, para establecer sus propios estándares y fines para acomodar una variedad de concepciones de una “buena vida”. En relación con los CAV, esto requiere, entre otras cosas, proteger a los usuarios de restricciones irrazonables de su capacidad para moverse y del marketing oculto y agresivo. Con este fin, la aplicación efectiva de la legislación pertinente de protección de datos y protección de los consumidores de la UE es un sólido punto de partida para futuros esfuerzos éticos.
- *Responsabilidad*. La contrapartida de la autonomía humana es la responsabilidad humana. Tanto las personas individuales como los actores institucionales pueden y deben ser considerados moral y legalmente responsables de las consecuencias de sus acciones cuando sea apropiado hacerlo. Al mismo tiempo, se les debe dar una capacidad justa y la oportunidad de comportarse de acuerdo con las expectativas morales y legales. En relación con las CAV, esto significa establecer normas morales y legales claras de responsabilidad, al tiempo que proporcionar a los diferentes actores (usuarios, fabricantes e implementadores) capacidad, motivación y oportunidades para cumplir con estos estándares.
- *Justicia*. La justicia se refiere a la cuestión de cómo debemos distribuir de manera justa los beneficios y las cargas de las tecnologías emergentes. La injusticia se produce cuando se niegan injustificadamente los beneficios a los que tiene derecho una persona, o cuando se impone indebidamente alguna carga a alguien sin una compensación adecuada. En relación con los CAV, eso significaría, entre otras cosas, que deberían proporcionar igualdad de acceso a la movilidad para todos y deberían ser calibrados por los desarrolladores para reducir las disparidades en la exposición al daño entre las categorías de usuarios de la carretera.
- *Solidaridad*. La solidaridad se refiere a las acciones y prácticas prosociales, así como a las normas institucionales y políticas diseñadas para ayudar a los demás, en el contexto de los objetivos comunes de un grupo dentro de una comunidad que se apoya mutuamente. Requiere la protección y empoderamiento de las personas o grupos vulnerables y complementa los requerimientos de la justicia. En relación con los CAV, eso significaría, entre otras cosas, promover el intercambio de datos sobre muertes y lesiones causadas por CAV entre las agencias de seguridad apropiadas.
- *Deliberación inclusiva*. Los principios anteriores no pueden aplicarse con un procedimiento mecánico de arriba hacia abajo. Necesitan ser especificados, discutidos y redefinidos en contexto. La deliberación inclusiva asegura que las perspectivas de todos los grupos sociales puedan ser escuchadas y que nadie sea ignorado. Además, pueden surgir tensiones entre estos principios en aplicaciones específicas. Es por eso que el diseño y el desarrollo de los sistemas CAV deben apoyar y ser el resultado de procesos de deliberación inclusivos que involucren a las partes interesadas relevantes y al público en general⁹⁹.

⁹⁹ INDEPENDENT EXPERT REPORT (Grupo de Expertos de la Comisión Horizonte 2020), *ETHICS of Connected and Automated Vehicles (Ética de los vehículos automatizados y conectados. Recomendaciones sobre seguridad vial, privacidad, equidad, explicabilidad y responsabilidad)*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2020, pp. 21- 24.

59. La actividad armonizadora a nivel europeo consistente en la elaboración de unos principios y valores éticos encaminados a orientar las actuaciones de las máquinas inteligentes ha continuado con la elaboración de un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, por parte del Parlamento Europeo (*Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas*), en el que, partiendo de la consideración de que estas tecnologías pueden tener graves consecuencias para la integridad material e inmaterial de las personas y de la sociedad en su conjunto, se propone la creación de un marco ético armonizado, que debe ser objeto de revisión y análisis de forma periódica, así como de actualización cuando sea necesario, haciéndose especial hincapié en la importancia y necesidad de su aplicación en el ámbito del transporte, ya que se entiende que las tecnologías de inteligencia artificial en este sector entrañan un riesgo elevado. En este nuevo marco regulador que se propone, se resalta el respeto a la dignidad humana, la autonomía y la autodeterminación de la persona, la prevención de daños, la promoción de la equidad, la inclusión y la transparencia, la eliminación de los sesgos y de la discriminación, la explicabilidad de las tecnologías y la garantía de que éstas sirvan a las personas y no las sustituyan ni decidan por ellas, con el objetivo último de elevar el bienestar de todos los seres humanos. Asimismo, se resalta la necesidad de que los consumidores deban tener derecho a ser debidamente informados de manera comprensible, oportuna, normalizada, exacta y accesible de la existencia, el razonamiento, el posible resultado y las repercusiones de los sistemas algorítmicos, así como de la manera de contactar con un ser humano y de cómo se pueden verificar, impugnar de manera útil y corregir las decisiones del sistema¹⁰⁰.

60. La Propuesta consta de un *Reglamento sobre principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas* y de un anexo con una lista exhaustiva y acumulativa de los sectores de alto riesgo¹⁰¹, dentro de los cuales se encuentra el transporte y la conducción automatizada.

61. El Reglamento, cuyo ámbito de aplicación abarca a las tecnologías desarrolladas, desplegadas o utilizadas en la Unión, se basa en los siguientes principios: - una inteligencia artificial, una robótica y unas tecnologías conexas antropocéntricas, antropogénicas y controladas por seres humanos; - evaluación de la conformidad obligatoria de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas de alto riesgo; - seguridad, transparencia y rendición de cuentas; - salvaguardias y vías de recurso contra el sesgo y la discriminación; - derecho de resarcimiento; - responsabilidad social e igualdad de género; - una inteligencia artificial, una robótica y unas tecnologías conexas ambientalmente sostenibles; - respeto de la intimidad y restricciones al uso del reconocimiento biométrico; - buena gobernanza relativa a la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, incluidos los datos utilizados o producidos por dichas tecnologías. El desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, incluidos los programas informáticos, los algoritmos y los datos utilizados o producidos por dichas tecnologías, deben complementar las capacidades humanas, sin sustituirlas, y garantizar que su ejecución no es contraria al interés superior de los ciudadanos y que respeta el Derecho de la Unión, los derechos fundamentales establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y otros instrumentos europeos

¹⁰⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012(INL)), Bruselas. Pp. 6, 7, 8, 9, 9, 10 y 11. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_ES.html

¹⁰¹ El art.4 e) del Reglamento define tecnología de «alto riesgo», como el riesgo significativo, derivado del desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, de causar lesiones o daños a las personas o a la sociedad, vulnerando los derechos fundamentales y las normas de seguridad establecidas en el Derecho de la Unión, teniendo en cuenta su uso o finalidad específicos, el sector en el que se desarrollan, despliegan o usan y la gravedad de las lesiones o daños que cabe esperar que se produzcan. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas. En Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012(INL)), Bruselas. p. 52. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_ES.html

e internacionales que se apliquen en la Unión. Las decisiones adoptadas por la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas o basadas en ellas, deben ser objeto de revisión, evaluación, intervención y control humanos significativos. La complejidad técnica y operativa de estas tecnologías no debe impedir nunca que el desplegador o el usuario pueda, como mínimo, proceder a su desconexión segura, alterar o desactivar su funcionamiento o volver a un estado anterior que restaure las funcionalidades seguras en los casos en que esté en peligro la conformidad con el Derecho de la Unión y los principios éticos y obligaciones jurídicas establecidos en el Reglamento. Los desarrolladores, desplegadores y los usuarios¹⁰² deben garantizar que la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas se despliegan y utilicen respetando plenamente los requisitos de transparencia y permitiendo la auditoría y la trazabilidad. Para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas, se debe informar a los ciudadanos siempre que un sistema utilice inteligencia artificial y siempre que se enfrenten a una tecnología de toma de decisiones automatizada. Además, las medidas de transparencia deben ir acompañadas, siempre que sea técnicamente posible, de explicaciones claras y comprensibles sobre los datos utilizados y el algoritmo, así como sobre su finalidad, sus resultados y sus riesgos potenciales¹⁰³.

VI. Conclusión

62. La *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial* constituye un paso importante en la regulación europea de la responsabilidad civil derivada de los daños producidos por agentes inteligentes autónomos de alto riesgo. Esta regulación uniforme era muy necesaria, al igual que todas las demás iniciativas legislativas apuntadas en este trabajo, que han sido adoptadas hasta la fecha por la Unión Europea con la finalidad de crear un nuevo marco jurídico que se adapte y que aporte soluciones frente a los nuevos riesgos que originan estas nuevas tecnologías. La existencia de distintas normativas nacionales puede dar lugar a la fragmentación del mercado interior y reducir la seguridad jurídica de los operadores que desarrollan y utilizan sistemas de IA, siendo precisa una protección uniforme en la que se definan los requisitos que deben cumplir los sistemas de IA de alto riesgo, como lo son los vehículos autónomos, y las obligaciones de los operadores. No obstante, es evidente que las instituciones europeas están regulando con retraso determinados sectores en los que se aplica la inteligencia artificial, generando con ello una gran inseguridad jurídica. Uno de ellos, es, sin duda, el sector de la conducción automatizada, que en el mundo real está avanzando y evolucionando a pasos agigantados, y que, sin embargo, no cuenta con una regulación sectorial uniforme a nivel europeo que aporte soluciones específicas para

¹⁰² El Reglamento define f) «desarrollo», como la construcción y el diseño de algoritmos, la escritura y el diseño de programas informáticos o la recopilación, el almacenamiento y la gestión de datos con el fin de crear o entrenar la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas o de crear una nueva aplicación para la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas existentes; g) «desarrollador», toda persona física o jurídica que toma decisiones que determinan y controlan el curso o la forma del desarrollo de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas; h) «despliegue», el funcionamiento y la gestión de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, así como su comercialización o cualquier otra forma de puesta a disposición de los usuarios; i) «desplegador», toda persona física o jurídica que interviene en el despliegue específico de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas con una función de control o gestión, tomando decisiones, ejerciendo un control sobre los riesgos y beneficiándose de dicho despliegue; j) «uso»: toda acción relacionada con la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas distinta del desarrollo o el despliegue y k) «usuario»: toda persona física o jurídica que utiliza la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas para fines distintos del desarrollo o el despliegue. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas. En Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012(INL)), Bruselas, p. 52. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_ES.html

¹⁰³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas. En Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012(INL)), Bruselas. Pp: 35 y 43. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_ES.html

los diferentes ámbitos del transporte afectados, como, por ejemplo, a los importantes interrogantes que plantea la responsabilidad civil derivada de los daños originados por los vehículos con niveles elevados de automatización. Entre estos interrogantes: ¿quién debe responder de los daños causados a terceros con motivo de la circulación del vehículo?, puesto que en este tipo de sistemas ya no puede hablarse de la existencia de una persona que lo conduce.

63. Ya que existen distintos niveles de automatización, sería conveniente una regulación europea uniforme que aclarase las responsabilidades por accidentes en los niveles 1 al 3, y en los niveles 4 y 5 de automatización. Así como la creación de un seguro específico para los vehículos autónomos. Quizás, la mejor opción sería la creación de un único marco jurídico nuevo y específico para los vehículos autónomos (niveles 4 y 5), en el que se aclarasen las responsabilidades del humano en las situaciones de piloto automático activado y no activado.

64. Un ejemplo de este avance vertiginoso en este sector lo encontramos en las normas técnicas que ya están siendo aprobadas por el Parlamento Europeo en ejecución del *Reglamento (UE) 2019/2144 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, relativo a los requisitos de homologación de tipo de los vehículos de motor y de sus remolques, así como de los sistemas, componentes y unidades técnicas independientes destinados a esos vehículos*, con la finalidad de homologar los requisitos técnicos que deben reunir los vehículos “totalmente automatizados”. Tal es, por ejemplo, el *Reglamento de ejecución (UE) 2022/1426 de la Comisión, de 5 de agosto de 2022, por el que se establecen normas para la aplicación del Reglamento (UE) 2019/2144 del Parlamento Europeo y del Consejo en cuanto a los procedimientos uniformes y las especificaciones técnicas para la homologación de tipo del sistema de conducción automatizada (ADS) de los vehículos totalmente automatizados*, en el que se les exige a los fabricantes de esta tecnología la aportación de una documentación que demuestre que el sistema de conducción automatizada está exento de riesgos excesivos para la seguridad de los ocupantes del vehículo y de los usuarios de la vía pública en los escenarios pertinentes y durante toda la vida útil del sistema (los certificados de homologación que deben expedirse para los vehículos totalmente automatizados).

65. Las normas vigentes en materia de responsabilidad, como la *Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos* y la *Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad* (Directiva sobre el seguro de los automóviles), no fueron diseñadas para dar respuesta a los retos que plantea el uso de vehículos autónomos y cada vez hay más pruebas de que el actual marco reglamentario, especialmente con respecto a la responsabilidad y a las pólizas de seguro, ya no será suficiente ni adecuado cuando haya que hacer frente a los nuevos riesgos derivados del aumento de la automatización.

66. En el nivel 3 de automatización la responsabilidad todavía puede ser asignada al conductor humano aún y cuando el vehículo cause el daño circulando en modo autónomo. El usuario lleva a cabo un tipo de conducción distinta a la convencional porque se independiza del control material directo en determinados momentos, para trasladarlo a la máquina, pero, de todos modos, en estos intervalos de tiempo puede decirse que sigue conduciendo, porque, aunque no dirija directamente a la máquina, la vigila y controla, estando pendiente de sus acciones y en condiciones de ejercer el control material en cualquier instante en el que se requiera. La distracción del conductor de reserva o su falta de intervención cuando es requerida, puede conllevar consecuencias desastrosas. Incluso puede llegarse a la conclusión de que el paso constante del modo automático al manual en este nivel puede resultar más peligroso que una conducción puramente tradicional, por lo que, a mi modo de ver, debería revisarse el criterio de imputación específico para este nivel, que tal vez requiera de un sistema de responsabilidad, no solo en parte objetivo (para los daños personales), sino en su totalidad objetivo (tanto para los daños personales como para los materiales).

67. La objetivación de esta responsabilidad llevará aparejada un giro en el aseguramiento de esta actividad, que acabará asemejándose más a los seguros previstos para el tránsito aéreo que al hoy operante en cuanto a vehículos a motor se refiere. El seguro que habrán de suscribir los vehículos autónomos será un seguro en el que la entidad aseguradora se obligue, por el mero hecho de producirse el siniestro, a cubrir los daños causados, y cuando éstos sean consecuencia de un fallo o error en los componentes del vehículo, esto es, del funcionamiento autónomo de éste, deberá quedar abierta la posibilidad de exigir en repetición el reintegro al fabricante, que es quien en última instancia responde de los procesos de toma de decisiones autónomos del vehículo. En la práctica, al perjudicado le resultará mucho más cómodo dirigirse directamente contra la compañía aseguradora de aquella persona que según la ley, venga obligada a concertar el seguro por la circulación de este tipo de vehículos. De manera que la responsabilidad del fabricante, según los casos, se haría efectiva a posteriori, en la acción de repetición que debe reconocérsele a la entidad aseguradora que cubra los riesgos derivados de la puesta en circulación del vehículo autónomo. A partir de aquí, el otro interrogante que se plantea es quién deberá soportar la carga del aseguramiento, siendo lo más lógico que recaiga sobre aquella persona que se sirva del vehículo autónomo y obtenga un beneficio con su utilización. Esta persona puede ser, en principio, el propietario, aunque también sería razonable que el seguro pudiese ser concertado por cualquier otra persona que, no siendo propietaria, tenga interés en el aseguramiento, como puede ser aquella persona que posee el vehículo y lo utiliza en su beneficio.

68. La creación de un marco jurídico uniforme europeo sobre inteligencia artificial sigue avanzando de forma rápida y progresiva. Una manifestación reciente de ello la encontramos en la *Recomendación de Decisión del Consejo de la UE por la que se autoriza la apertura de negociaciones en nombre de la Unión Europea, con vistas a un Convenio del Consejo de Europa sobre inteligencia artificial, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho*, Bruselas, 18-8-2022, en la que, reconociéndose los riesgos que origina la inteligencia artificial para los derechos fundamentales, se propone la elaboración de un nuevo instrumento jurídico para el desarrollo, diseño y aplicación de los sistemas de IA, que prevea el establecimiento de una metodología para la clasificación del riesgo de estos sistemas, en “riesgo bajo”, “riesgo elevado” y “riesgo inaceptable”. Para ello, se crea el Comité sobre Inteligencia Artificial (CAI), en cuyo mandato (2022-2024) se le encomienda la puesta en marcha de un proceso de negociación internacional para establecer el mencionado marco jurídico: un instrumento jurídicamente vinculante de carácter transversal (Convenio marco del Consejo de Europa) sobre IA. En el futuro Convenio marco sobre IA se incluye a proveedores y usuarios de estos sistemas, tanto públicos como privados, con la excepción de los sistemas de IA relacionados con la defensa nacional. Las normas comunes que ha adoptado hasta la fecha la UE sobre esta materia – en especial, la Ley sobre IA - se verán afectadas por los elementos que se están considerando para el Convenio marco del Consejo de Europa. El Convenio previsto se solapa en gran medida con la propuesta legislativa sobre IA, adoptada en 2021, ya que ambos instrumentos tienen por objeto establecer normas aplicables al diseño, desarrollo y aplicación de sistemas de IA utilizados por entidades públicas o privadas. Siendo así, es de esperar que dentro de esta nueva normativa más actualizada se haga referencia a los sistemas de conducción altamente automatizada; en especial, a los criterios para la atribución de la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por estos agentes y a su sistema de aseguramiento¹⁰⁴.

¹⁰⁴ pp. 1-5. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0414>

Embargo preventivo y declaración de avería gruesa. A propósito del incidente del buque Ever Given

Arrest of ships and general average. Legal lessons from the Ever Given case

XABIER ORBEGOZO MIGUEL

Profesor asociado doctor de Derecho internacional privado

Universidad Pública de Navarra

ORCID ID: 0000-0002-9697-6467

Recibido:12.12.2022/Aceptado:16.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7559

Resumen: En marzo del año 2021 el buque Ever Given encallaba en el Canal de Suez generando un colapso sin precedentes en la principal vía de navegación que une el continente asiático con los puertos europeos. Tras el impacto inicial, el interés jurídico se centró en los días posteriores en el embargo preventivo del buque instado, como acreedoras de una cuantiosa deuda, por parte de las autoridades del Canal. En paralelo vendría la declaración de avería gruesa -una de las más cuantiosas probablemente hasta la fecha- por parte de la armadora del buque. Partiendo de este incidente, el presente trabajo pretende mostrar las principales características de estas instituciones propias del Derecho marítimo, que resultan ser en cierto modo complementarias.

Palabras clave: Ever Given - Derecho marítimo – Derecho internacional privado – avería gruesa – embargo preventivo de buque

Abstract: In March 2021, the Ever Given ran aground in the Suez Canal generating an unprecedented collapse in the main shipping route linking the Asian continent with European ports. After the initial impact, the legal interest focused in the following days on the arrest for the debt generated to the Canal authorities and on the declaration of general average by the shipowner, which was probably the largest amount for which this instrument has been used to date. This paper aims to show the main characteristics of these singular institutions of Maritime Law.

Keywords: Ever Given - Maritime law – Private international law – General average – Arrest of ships.

Sumario: I. Consideraciones introductorias. II. El caso Ever Given y en cierre del Canal de Suez – notas sobre el suceso. III. Marco jurídico. Dos modelos de armonización legislativa en Derecho marítimo – los convenios sobre embargo preventivo y las Reglas de York y Amberes. IV. El embargo preventivo de buques. V. La avería gruesa. VI. Conclusiones.

I. Consideraciones introductorias

1. El pasado año 2021, tal y como ha sido la primera parte de este 2022, fue un año convulso en lo que al comercio internacional se refiere. La situación postpandemia puso sobre la mesa numerosas incógnitas referentes a la globalización de la economía y el comercio, situando al mundo frente a un

posible cambio de paradigma que nos sitúa en un inédito contexto de regionalización -o la desglobalización¹-, ante las subidas de precios del transporte y la energía y la fuerte dependencia de países asiáticos para el abastecimiento de algunos productos fundamentales para hacer funcionar nuestra industria, sin obviar la problemática derivada de la guerra en Ucrania.

2. En este contexto, en marzo de 2021, el colapso que el buque portacontenedores Ever Given produjo en el transporte entre Asia y Europa al encallar en el canal de Suez ocupó los titulares de prensa durante los agónicos **días que** duraron los trabajos de salvamento, dando visibilidad -por razones negativas nuevamente- a instituciones propias del Derecho del transporte y singulares del Derecho marítimo que rara vez ocupan titulares en la prensa generalista.

3. El transporte marítimo es, desde luego, un transporte de una peligrosidad excepcional, no solo cuantitativamente -en cuanto al número total de incidentes²- sino también cualitativamente, tratándose frecuentemente de sucesos que derivan en cuantías muy significativas para los afectados, perjudicados y responsables, como claramente se puede observar en la astronómica reclamación de las autoridades egipcias a la armadora del Ever Given, a la que nos referiremos en el presente trabajo.

4. De entre los riesgos asociados al transporte marítimo, bien sea de pasajeros o de mercancías, los diferentes tipos de accidentes de la navegación y su regulación han sido cuestiones a las que el Derecho dedica gran atención. Se trata además de una regulación que responde a equilibrios complicados ante los diferentes intereses en presencia. En el caso de un encallamiento como el que nos ocupa, veremos que, además de los directamente afectados por el mismo, las instalaciones del canal y el propio buque encallado se verán involucrados -de manera directa- terceros como los cargadores o receptores de las mercancías del buque o los centenares de buques que tuvieron que esperar o modificar sus rutas ante el incidente.

5. Se trata de una muestra más de las complejidades que entraña a nivel jurídico el Derecho marítimo, en el que lo contractual y lo extracontractual se ven afectados al mismo tiempo. Esto exige una regulación específica y singular para esta disciplina jurídica, al margen de la regulación general de los ordenamientos nacionales.

6. En el presente estudio nos aproximaremos, a partir del incidente del Ever Given, a dos de estos singulares instrumentos jurídicos, de enorme relevancia práctica. Se trata, además, de dos instrumentos complementarios, cuyo análisis conjunto ofrece una imagen completa de una parte de los acontecimientos que acompañan a este tipo de siniestros marítimos. Nos estamos refiriendo, concretamente, al embargo preventivo del buque por parte de las autoridades egipcias -hasta que se garantizase el pago de la deuda contraída por los trabajos de salvamento, y algunos otros conceptos- y a la situación de avería gruesa declarada por el buque para tratar de compartir parte de dicha reclamación entre los que participaban en la travesía. Vemos por tanto que se trata de cuestiones en cierto modo complementarias.

¹ Entre otros: A. C. JORDAAN, "De-Globalization: Fact or Fiction?", *Latin American Journal of Trade Policy*, 12 2022; I. OLIVIE Y M. GRACIA, "The end of globalisation? A reflection on the effects of the Covid-19 crisis using the Elcano Global Presence Index, *Real Instituto Elcano*, ARI 60/2020; A. AGUILAR ESTRADA, "Desglobalización y cooperación internacional hacia la tercera década del siglo XXI", *Revista Internacional de Cooperación y Desarrollo*, Vol. 9, N° 1, 2022, pp. 89-93; M. LEVINSON, "¿Es la desglobalización la nueva normalidad?", *Anuario internacional CIDOB*, , N° 1, 2022, pp. 156-158; M. A. LABORIE IGLESIAS, "Desglobalización y pandemia global" *Boletín IEEE*, N° 18, 2020, pp. 485-501

² Sobre este particular, interesa especialmente en estos momentos referirnos a los informes que publica anualmente la aseguradora Allianz, en la que se ha reflejado el impacto de acontecimientos mundiales como la pandemia de Covid-19 o la invasión rusa de Ucrania en la siniestralidad marítima. Vid. "Allianz Safety and Shipping Review 2022" en <https://www.agcs.allianz.com/news-and-insights/reports/shipping-safety.html>

II. El caso Ever Given y en cierre del Canal de Suez –notas sobre el suceso–

7. El *Ever Given* es un buque de casi 400 metros de eslora de la compañía Evergreen dedicado al transporte de contenedores, con una capacidad de alrededor de 20000 TEU, que cubría la ruta desde Asia (Malasia – puerto de origen: Tanjung Pelepas) hasta el Puerto europeo de Rotterdam. Siendo la ruta habitual para este tipo de transportes el paso por el Canal de Suez, el 23 de marzo de 2021 el buque accedió al canal por su entrada sur -puerto de Taofik-.

8. La navegación por el canal debe realizarse, especialmente en buques de las dimensiones del *Ever Given*, lo más centrada posible, ya que la parte central es la parte de mayor profundidad. La anchura total del canal, que supera los 200 metros en algunos tramos, puede resultar engañosa, puesto que la profundidad de toda esa superficie no es perfectamente uniforme.

9. En ese contexto, el buque, que navegaba a una velocidad de unos 13 nudos, y a consecuencia de fuertes vientos que azotaban la zona, quedó encallado por la parte de proa en la orilla de estribor y por la parte de popa –en la que se encuentran las hélices que propulsan la embarcación- en la orilla opuesta. Impedía así el paso de otros buques, colapsando de manera automática unos de los pasos marítimos más transitados del mundo y vital para el normal funcionamiento del comercio mundial.

10. Hicieron falta días de incesante trabajo, bajo condiciones meteorológicas adversas, para lograr liberar el *Ever Given*. Durante esas jornadas numerosos buques quedaron bloqueados y a la espera –con el consiguiente perjuicio económico-, mientras que algunos pudieron optar, previendo que el problema pudiera dilatarse en el tiempo, por la ruta africana –dando la vuelta por el Cabo de Buena Esperanza-, con el consiguiente retraso de al menos una semana –y los eventuales gastos que ello pudiera conllevar-.

11. Por fin la operación de liberación del buque dio resultado, para lo que hizo falta la intervención de 11 remolcadores, además de trabajos de dragado de los bancos de arena en los que se encontraba atascada la embarcación, sin subestimar la ayuda de una marea especialmente alta. El 29 de marzo se consiguió liberar el buque y empezar a reestablecer el tráfico, lo que, dada la situación de acumulación de buques, no fue algo inmediato.

12. La repercusión inmediata de 6 días de corte del canal vendría en forma de reclamaciones por parte de cargadores y receptores de las mercancías por el retraso y las potenciales **pérdidas consecuencia** de este. Asimismo, quedaban por cuantificar los daños del propio buque y, sobre todo, debía determinarse la responsabilidad por todos esos perjuicios generados por el incidente y los gastos de salvamento generados.

13. En análisis de todas las consecuencias derivadas de este monumental atasco exceden las pretensiones del presente trabajo, en el que nos centraremos en dos instrumentos jurídicos singulares de esta disciplina. Por un lado, analizaremos el funcionamiento, en el contexto jurídico internacional, del embargo preventivo de buques -solicitado en el caso que nos ocupa por las autoridades egipcias hasta que se hiciera efectiva la reclamación combinada de casi 1000 millones de dólares por diferentes conceptos, el lucro cesante³ derivado del cierre del canal, los gastos de salvamento y reflotamiento y mantenimiento del buque, además de la –*loss of reputation*- derivada del suceso-. La retención del buque responde a la potestad de las autoridades egipcias de realizar un embargo preventivo de un buque por

³ El Canal de Suez generó en el año 2021 un total de 6300 millones de dólares con un volumen de tráfico de 20649 buques atravesando sus aguas. Se trata de un canal por el que transita un porcentaje considerable del comercio mundial y una fuente de ingresos muy relevante para el país. Con estos datos en la mano puede imaginarse el lector que la parte de la reclamación referente al lucro cesante podría alcanzar cifras importantes. No obstante, se trata de un concepto que no se puede incluir en la avería gruesa.

deudas marítimas, de acuerdo con la normativa convencional a la que nos referiremos a continuación, amén de su normativa interna.

14. Además, los medios que cubrían el suceso, se hicieron eco de la declaración de avería gruesa por parte del buque. Saltaba a algunos titulares esta figura peculiar, arcaica en opinión de parte de la doctrina, cuya finalidad no es otra que repartir entre todos los intervinientes en la travesía los gastos -al menos algunos de ellos- derivados del incidente, es decir, entre los diferentes cargadores-receptores y el armador. Particularmente, como veremos, los gastos de salvamento serán gastos que podrán imputarse a la avería gruesa como sacrificio necesario por parte del buque para que la travesía pueda continuar y llegar “a buen puerto”.

15. El presente estudio, por tanto, ofrece un análisis de ambas figuras para la mejor comprensión del incidente del Ever Given, centrándose en aquellas cuestiones de mayor interés jurídico, sin pretender realizar un análisis en profundidad que exigiría una extensión mucho mayor de la que se puede dedicar en este foro.

III. Marco jurídico. Dos modelos de armonización legislativa en Derecho marítimo – los convenios sobre embargo preventivo y las Reglas de York y Amberes

16. El Derecho marítimo resulta ser a menudo una disciplina singular, de inmenso arraigo supranacional, plasmado en un amplio catálogo de normas propias que rigen de manera pacífica y eficaz esta rama jurídica. Rama jurídica que, en contraposición con el “Derecho del mar”, se encuentra incorporada como una rama más del Derecho Internacional Privado, si bien puede contemplar cuestiones tradicionalmente consideradas de Derecho Público -Derecho administrativo fundamentalmente- pero encuadrable dentro del DIPr en tanto en cuanto afecta a las relaciones entre los particulares. El propio caso del embargo preventivo de buques es, por su componente procesal, claro paradigma de esta tesis.

17. Esta armonización, indispensable de cara a superar los obstáculos que la concurrencia de múltiples y tan diversos sistemas nacionales podría suponer, se ha llevado a cabo fundamentalmente -pero no exclusivamente- a través de un proceso codificador basado en la cooperación internacional, resultando del mismo un número considerable convenios internacionales.

18. Muchos de estos textos han visto la luz, en gran parte, gracias al trabajo del Organización Marítima Internacional -OMI⁴-. De sus trabajos, plasmados posteriormente en proyectos debatidos en el seno de conferencias diplomáticas, han podido salir la mayoría de los convenios marítimos⁵.

19. Con todo, este proceso de armonización debe enfrentarse a una gran atomización legislativa en el Derecho marítimo privado, existiendo convenios sobre prácticamente cada específica cuestión susceptible de ser regulada. El problema deriva del diferente nivel de consenso que recibe cada texto que redunda un cierto grado de inseguridad jurídica, aunque, si bien es cierto que en los convenios de mayor trascendencia material⁶ existe una coincidencia casi total de Estados parte.

20. Esta atomización se produce, además, a nivel de las instituciones precursoras de los diferentes textos. Un caso muy paradigmático sería la regulación relativa al transporte bajo conocimiento de embarque, en la que coexisten el Convenio de Bruselas de 1924, más los protocolos de 1968 y

⁴ <https://www.imo.org/es/About/Pages/Default.aspx>

⁵ Puede consultarse la lista completa de los convenios y protocolos auspiciados por la OMI en el siguiente enlace: <http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Documents/Convention%20titles%202016.pdf>

⁶ Concretamente: el Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974 (Convenio SOLAS) –con 165 Estados parte-, Convenio sobre el Reglamento internacional para prevenir los abordajes, 1972 (COLREG) –con 160 Estados parte- o el Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques (MARPOL) –con 158 Estados parte-.

1969 -conocidas como “Reglas de la Haya – Visby”-, con el Convenio de Hamburgo de 1978 llevado a cabo dentro del marco de las Naciones Unidas, que se encontró con la negativa a adherirse de los países de la OCDE. Esto supuso la creación de dos bloques de Estados a resultas de lo cual se rompió toda armonización normativa. En este caso, la respuesta que se quiso ofrecer fue la elaboración del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo -más conocido como las Reglas de Rotterdam- abierto a ratificación desde septiembre de 2009⁷.

21. En la línea de la legislación sobre conocimiento de embarque, la normativa convencional referida al embargo preventivo de buques se encuentra actualmente regulada por dos convenios internacionales. Se pasó de un Convenio con un alto grado de adhesiones -Convenio de Bruselas de 1952 sobre embargo preventivo de buques⁸ (Convenio de Bruselas o C52)- y una práctica pacífica, a un nuevo texto -Convenio de Ginebra de 1999 sobre embargo preventivo de buques⁹ (Convenio de Ginebra o C99)- que ha generado algunos recelos en la comunidad internacional -lo que ha redundado en su insignificante número de ratificaciones- y que genera, en definitiva, un efecto contrario al perseguido, puesto que pone en juego una segunda norma respecto de una cuestión ya regulada internacionalmente y todavía vigente en múltiples estados, sin perspectivas de sustituirla a corto ni medio plazo¹⁰.

22. Con todo, la opción de la armonización por vía convencional es a menudo la más eficaz, pero no la única. Como veremos, materias muy específicas y propias del Derecho marítimo, como la regulación de la avería gruesa, con innegable transcendencia práctica, han sido -hasta cierto punto- armonizadas de la mano de un instrumento de *soft law*, a través de la elaboración, por parte del Comité Maritime International -en adelante CMI-, de un catálogo de reglas para definir las situaciones subsumibles dentro de la categoría jurídica en cuestión. Se trata de las diferentes versiones de las Reglas de York y Amberes, a las que nos referiremos en el apartado correspondiente del presente trabajo.

23. Normas de *lex mercatoria* y por tanto sin ningún carácter vinculante *per se*, pero cuya inclusión en los documentos contractuales vinculantes entre los diferentes participantes del negocio marítimo, genera un considerable nivel de armonización internacional. Además, no son pocas las legislaciones que han adoptado el modelo de las RYA para inspirar sus legislaciones nacionales.

IV. El embargo preventivo de buques

1. Algunos apuntes sobre la figura del embargo preventivo y su regulación internacional

24. La figura del embargo preventivo de buques constituye hoy en día la medida cautelar por antonomasia en Derecho marítimo. Las consecuencias directas para el armador o explotador comercial del buque redundan en cuantiosos costes, -costes de estancia y mantenimiento en puerto, por ejemplo-, además del “factor tiempo” que opera de manera especialmente apremiante en el *shipping*, con el siguiente efecto de lucro cesante.

⁷ Siendo necesaria la ratificación por parte de veinte Estados para su plena entrada en vigor, a fecha de publicación del presente estudio solo cuatro Estados lo habían ratificado, siendo España uno de ellos, además de Togo, Camerún y Congo.

⁸ International Convention relating to the arrest of seagoing ships, https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002801338ba&clang=_en

⁹ International convention on arrest of ships, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=XII-8&chapter=12&clang=_en

¹⁰ Sobre el problema de la armonización y el embargo preventivo de buques: R. ESPINOSA CALABUIG, “La desarmonización de la armonización europea, a propósito del Convenio de Ginebra de 12 de marzo de 1999 sobre embargo preventivo de buques y su relación con los Reglamentos Bruselas I y Bruselas I bis”, *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale*, N° 3, 2013, pp. 645-676.

25. Se trata además de una figura particularmente atractiva desde el punto de vista del estudio jurídico por la complejidad que a menudo reviste llevar a efecto la medida -dada la movilidad inherente a los buques-, que obliga a “cazarlos” allá donde el acreedor pueda con el fin de que sea satisfecha, o al menos garantizada, su deuda.

26. Para responder a la necesidad de dotar a la industria marítima y a los estados de la seguridad jurídica necesaria en el contexto del comercio mundial surgió el Convenio de 1952 sobre embargo preventivo de buques, que alcanzaría un gran consenso a nivel internacional, siendo un verdadero instrumento de uniformización de la normativa sobre embargo preventivo de buques.

27. Efecto contrario al conseguido con el sucesor de dicho texto, el Convenio de Ginebra 1999, cuya escasa implantación internacional ha generado un escenario con dos bloques de Estados con diferente regulación, logrando, paradójicamente, una mayor inseguridad jurídica a la hora de poner en práctica este importante instrumento¹¹.

28. Por lo tanto, a escala internacional el embargo preventivo de buques estará regulado por uno u otro de los citados convenios –salvo, naturalmente, en aquellos Estados no firmantes de ninguno de ellos-. No obstante, la deliberadamente incompleta regulación de estos textos hará necesario, fundamentalmente –aunque no únicamente- para cuestiones procesales, recurrir a la legislación interna de los diferentes Estados parte¹².

29. En el caso que nos ocupa, Egipto es un estado firmante del primero de los textos. Si bien ambos textos comparten una estructura común, existen notables diferencias en cuanto al fondo que han sido analizadas por la doctrina¹³.

2. Presupuestos para la adopción de la medida

30. Sin extendernos en cuestiones procesales, conviene siquiera citar las similitudes y diferencias que presenta la medida cautelar del embargo preventivo de buques respecto de los presupuestos clásicos para la adopción de medidas cautelares, el *periculum in mora*, *fumus boni iuris* y la exigencia de caución.

A. El *periculum in mora*

31. En este caso, los convenios sobre embargo preventivo se basan, fundamentalmente, como convenios específicos en materia cautelar, en el aseguramiento de los bienes necesarios para ejecutar, en su caso, una eventual sentencia contra el armador. Con todo, las particularidades del *shipping* otorgan a este requisito una dimensión agravada. Esto es así por diferentes motivos, destacando, por un lado, que el buque puede esfumarse en pocas horas, sumado a la posibilidad de que el buque sea el único bien del que disponga el deudor, cuando además el deudor será a menudo, extranjero¹⁴. Quizá por ello el *pericu-*

¹¹ En el caso de España, uno de los pocos Estados firmantes del nuevo Convenio, actualmente será dicho texto el que regule de manera general el embargo preventivo de buques después de un periodo transitorio que hacía que generó un verdadero galimatías jurídico. Vid. X. ORBEGOZO MIGUEL, “Denegación de embargo preventivo de buque contra deudor no propietario del buque por la inexistencia de “crédito marítimo” (auto del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona de 21 de mayo de 2021)”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 14(1), 809-815. <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6716>.

¹² En el caso español esta legislación será, fundamentalmente la LNM que será completada en todo aquello que no esta no regule por la LEC, siempre y cuando no contradiga el Convenio ni la citada LNM.

¹³ Para una completa comparativa de ambos textos vid. F. BERLINGIERI, *Berlingieri on Arrest of Ships*, vols. I y II, Routledge, 2016.

¹⁴ MARTÍN OSANTE, J.M., “El embargo preventivo de buques”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 305, 2017”, p. 11.

lum in mora ha sido calificado como un elemento que “se presume ínsito a la propia internacionalización de la actividad marítima”¹⁵.

B. El *fumus boni iuris* -la mera alegación del crédito-

32. Sobre este requisito en particular cabe destacar algunas cuestiones en relación con la regulación contenida en los convenios que resultan controvertidas. Si bien la generalidad de las legislaciones nacionales requiere la prueba documental del crédito –la legislación procesal española no es una excepción- para proceder al embargo preventivo, los convenios exigen, a priori, exclusivamente la mera alegación del crédito. Decimos “a priori” por cuanto que, como señalan algunos autores¹⁶ esta simple alegación no se recoge de manera expresa en los textos de los convenios. Aunque el Convenio de Ginebra alude en sus artículos 1.4 y 3.1 a la alegación del crédito, esta simple alegación no debe ser interpretada como regla que permita eludir los requisitos procesales nacionales –a los que remite el artículo 2.4 del propio Convenio- que, impondrán como regla general requisitos documentales.

33. Existen voces en la doctrina¹⁷, no obstante, que se muestran favorables a considerar que la mera alegación, siempre y cuando se refiera a un crédito con derecho a embargo según las disposiciones del Convenio, sustituye a estos efectos al *fumus boni iuris*, siendo la finalidad del convenio, precisamente, la tramitación ágil y eficaz de una medida que, sometida a más estrictos procedimientos de prueba devendría, a menudo, estéril. Es más¹⁸, la obtención de pruebas documentales en determinados supuestos de créditos enumerados por el Convenio resultaría, en la práctica, compleja –salvamento o abordaje, por ejemplo-¹⁹.

C. La caución

34. Al hablar de la “caución”, como presupuesto para la adopción del embargo nos estamos refiriendo a la garantía que debe prestar el solicitante de la medida para cubrir los perjuicios que una solicitud injustificada pudiera provocar. El artículo 6 del Convenio de 1952 remite a las legislaciones nacionales para todas aquellas cuestiones relativas a la responsabilidad del demandante por embargo injustificado, quedando pues a expensas de la legislación correspondiente en cada caso la imposición y, en su caso, la cuantía de la garantía. El Convenio de 1999 desarrolla algo más este tema, si bien remitiendo igualmente a los tribunales estatales, estableciendo la posibilidad –no condición, según la literalidad del texto, si bien se trata de una cuestión controvertida²⁰- de solicitar “garantía de la clase, por la cuantía y en las condiciones que determine el tribunal para responder de los perjuicios que puedan irrogarse al demandado como consecuencia del embargo”. Por lo tanto, el procedimiento para la eventual exigencia de la caución se regirá por la ley del foro.

¹⁵ CARBALLO PIÑEIRO, L., “Convenio internacional sobre embargo preventivo de buques: de 1952 a 1999 e implementación en España”, *Revista española de Derecho internacional privado*, vol. LXIV (2012), nº 2, pp. 320-323, p. 322.

¹⁶ J. M. ALCÁNTARA GONZÁLEZ, “El nuevo régimen jurídico del embargo preventivo de buques: los secretos del Convenio de Ginebra de 1999”, *Diario La Ley*, Nº 8097, 2013.

¹⁷ I. ARROYO MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Marítimo*, Civitas, Madrid, 2020, p. 478; J.M. MARTÍN OSANTE, “El embargo preventivo...”, op. cit., p. 10.

¹⁸ J.M. MARTÍN OSANTE, “El embargo...”, op. cit., p. 11.

¹⁹ En relación la legislación española, los requisitos procesales que impone el artículo 728 LEC para las medidas cautelares en general –en virtud de los cuales no bastaría la simple alegación del crédito- quedan solapados por los requisitos específicos en materia de embargo preventivo de buques del artículo 472 de la LNM en virtud del cual “basta que se alegue el derecho o créditos reclamado” para decretar el embargo, aunque con algunas puntualizaciones que introduciremos en el apartado referido a la legislación española.

²⁰ L. CARBALLO PIÑEIRO, “Convenio internacional...”, op. cit., p. 322.

3. Regulación del embargo preventivo de buques

35. El convenio de 1952, igual que su predecesor, indica que podrá realizarse el embargo ante la existencia un “crédito marítimo”, de los que figuran en la lista que proporciona el propio texto.

36. La exhaustiva lista del artículo 1.1 incluye los siguientes créditos (subrayados por el autor los relevantes para el caso):

- (a) damage caused by any ship either in collision or otherwise;*
- (b) loss of life or personal injury caused by any ship or occurring in connexion with the operation of any ship ;*
- (c) salvage;*
- (d) agreement relating to the use or hire of any ship whether by charter-party or otherwise;*
- (e) agreement relating to the carriage of goods in any ship whether by charter-party or otherwise ;*
- (f) loss of or damage to goods including baggage carried in any ship ;*
- (g) general average;*
- (h) bottomry;*
- (i) towage;*
- (j) pilotage;*
- (k) goods or materials wherever supplied to a ship for her operation or maintenance;*
- (l) construction, repair or equipment of any ship or dock charges and dues;*
- (m) wages of Masters, Officers, or crew;*
- (n) Master’s disbursements, including disbursements made by shippers, charterers or agents on behalf of a ship or her owner ;*
- (o) disputes as to the title to or ownership of any ship ;*
- (p) disputes between co-owners of any ship as to the ownership, possession employment or earnings of that ship;*
- (q) the mortgage or hypothecation of any ship.*

La concurrencia de cualquiera de estos supuestos posibilita el “*arrest*” -embargo preventivo- del buque por la autoridad judicial competente del estado de aplicación del Convenio.

4. Buques embargables

37. Para los citados supuestos del artículo 1, el artículo 2 de ambas versiones del convenio sobre embargo preventivo establece el principio general de que el buque será exclusivamente embargable por créditos marítimos -los enumerados-. Sin embargo, cabe destacar las diferencias en la redacción empleada en ambos textos, por cuanto que el más reciente planea en unos términos que amplían su potencial ámbito de aplicación de manera significativa.

38. Concretamente, mientras el artículo 2 del Convenio de 1952 (vigente en Egipto) se limita a los “buques que naveguen bajo pabellón de uno de los Estados contratantes”, la versión de 1999 (vigente en España) no establece tal distinción, quedando abierto por lo tanto a todo buque, independientemente del Estado de pabellón.

39. Además, ambos textos recogen expresamente –art. 2 Convenio de 1952 y art. 8.3 Convenio de 1999 con una redacción similar- la compatibilidad del Convenio con la potestad de embargar o detener un buque de los Estados conforme a otras disposiciones nacionales o convencionales vigentes. Es decir, el Convenio no debe en ningún caso entenderse en el sentido de poder restringir, por ejemplo, las facultades de la administración para impedir la salida de un buque en casos de incumplimiento de requisitos de seguridad recogidos en convenios como el SOLAS, aunque no sea el caso en el incidente del Ever Given.

40. En la misma línea, para los casos estrictamente nacionales, es decir, en los que un buque es embargado dentro de la jurisdicción del Estado de su pabellón por un acreedor del mismo Estado, ambos Convenios -artículos 8.4 y 8.6 respectivamente- remiten a las legislaciones nacionales internas para dirimir la cuestión²¹.

41. Vemos, por lo tanto, que las autoridades egipcias podrían recurrir tanto a la habilitación del Convenio como, en su caso, a su legislación interna para la retención del buque.

5. Levantamiento del embargo

42. Respecto de la competencia para el levantamiento del embargo, ambos textos convencionales coinciden en otorgar la competencia judicial para levantar el embargo a la autoridad judicial del Estado parte en que este se solicite. Si bien lo hacen de manera casi idéntica, el Convenio de 1999 lo hace en el artículo 2, dedicado íntegramente a la potestad para embargar, mientras que el de 1952 introduce este precepto en el artículo 4.

43. En relación con la plasmación práctica del levantamiento del embargo, este se llevará a cabo en la práctica totalidad de los casos por la prestación de la garantía –contracaución- suficiente. Ese es, precisamente, el supuesto general contemplado tanto en el artículo 5 del Convenio de 1952 como en el artículo 4 de su sucesor.

44. No obstante, esta regla general tiene algunos matices, puesto que se citan como excepciones los créditos del artículo 1 referentes a la propiedad o posesión del buque. En estos casos el tribunal “podrá” -remite al criterio de los jueces y tribunales estatales- permitir la explotación al poseedor que haya prestado suficiente garantía “o resolver de otro modo la cuestión de la operación del buque durante el período del embargo”.

45. En la misma línea, se remite a los tribunales estatales para la determinación de la cuantía, limitada en el caso del Convenio de 1999, como máximo, al valor del buque. Esta novedad resultó ser enormemente controvertida en la Conferencia Diplomática previa a la aprobación definitiva del texto por cuanto que permite la sustitución del buque embargado por una garantía que no será superior al valor del buque, a excepción de que el crédito que genere el embargo fuese inferior .

V. La avería gruesa

46. Esta figura -también conocida como avería común, en contraposición a la avería simple o particular²²-, cuyos requisitos fundamentales son tan antiguos como el Derecho romano²³, responde a la necesidad del capitán de realizar algún sacrificio en aras a salvar el propio buque o la seguridad de la travesía. Siendo, en tales casos, principio básico el de “justicia distributiva en pro de la seguridad común o el beneficio común de los involucrados en el transporte por mar”²⁴.

²¹ En España, adoptado el Convenio de 1999 como Ley Nacional mediante el RD 12/2011 –actualmente citado como fuente de aplicación preferente en la Ley de navegación marítima-, se aplica igualmente el Convenio para los casos nacionales que establece el mismo, sin perjuicio de las cuestiones específicas reguladas por la LNM y, supletoriamente, la LEC.

²² Que se refiere a todo daño que se produzca durante la travesía no considerado avería gruesa y que no recibe regulación específica por lo que le serán de aplicación la legislación general.

²³ Vid. libro 14 del Digesto de Justiniano. En la doctrina: J.L. ZAMORA MANZANO, “La influencia del derecho romano en las Reglas de York y Amberes” *Revista General de Derecho Romano*, 19 (2012), pp. 1-32; Y. BAATZ, (Ed.), *Maritime law*, Informa Law, 2020, p. 269.

²⁴ J.L. ZAMORA MANZANO, “La influencia...”, op. cit. p. 1.

47. Específicamente, la regla A.1 del texto más relevante en la cuestión, las Reglas de York y Amberes (2016) a las que nos referiremos a continuación, define esta figura de la siguiente manera: “There is a general average act when, and only when, any extraordinary sacrifice or expenditure is intentionally and reasonably made or incurred for the common safety for the purpose of preserving from peril the property involved in a common maritime adventure.”

48. Los ejemplos clásicos de avería gruesa, sin duda, difieren hoy de los que podíamos encontrar en la navegación marítima de siglos atrás, pero no por ello debe considerarse que la institución pertenece al pasado o que carece de utilidad práctica en el *shipping* moderno²⁵.

1. Regulación de la avería gruesa – Las Reglas de York y Amberes

49. En este contexto no puede obviarse la necesidad de dotar al Derecho marítimo de un instrumento que ponga negro sobre blanco los derechos y las obligaciones de las partes implicadas en la navegación comercial y afectadas directamente por esta figura; por un lado, el explotador comercial del buque o armador y por otro la carga, con la figura de los cargadores o receptores de la mercancía como corresponsables solidarios en este caso.

50. La totalidad de las legislaciones con jurisdicción marítima tienen²⁶, en la actualidad, normas que regulen esta figura, normas en su mayoría influenciadas por el marco común instaurado por las Reglas de York y Amberes -YAR por su denominación inglesa “York and Antwerp Rules”-, surgidas en 1890²⁷. Se trata de un exitoso instrumento de *soft law* reformulado en numerosas ocasiones: la primera, en la Conferencia de Estocolmo de 1924, seguida de las de los años 1950, 1974 o las más recientes de 1990, 1994 y 2004, siendo la última revisión la publicada en 2016²⁸ -conocidas como YAR 2016-.

51. El peso en el sector de esta institución jurídica queda reflejado claramente en la presencia de esta cobertura en las cláusulas de referencia en seguros de transporte marítimo, las cláusulas ICC del Instituto de Aseguradores de Londres. Es decir, las pólizas contratadas de acuerdo con esta cláusula cubrirán los gastos en los que incurra el cargador/receptor asegurado si se declarase una avería gruesa por parte del buque en el que se transporte la mercancía en cuestión, con la consiguiente obligación de aportación al perjuicio producido.

52. Se trata, naturalmente, de reglas que no tienen carácter legislativo vinculante, aunque son generalmente aceptadas e incorporadas en los contratos de transporte, siendo contractualmente vinculantes para las partes. En la actualidad, las reglas de uso más habitual son fundamentalmente las tres últimas, las de 1994, 2004 y 2016.

2. Estructura de las reglas

53. Someramente, las Reglas actuales se componen de dos partes, una primera -alfabética, de la A a la G- y una segunda -numérica, del 1 al 23-. La primera se dedica a introducir principios generales, mientras que la parte numérica consisten en la aplicación específica de dichos principios generales, so-

²⁵ Sobre la controvertida necesidad de la figura: J. L. PULIDO BEGINES, “Accidentes de la navegación. Abordaje, avería gruesa, salvamento y bienes hundidos y naufragados.”, en A. EMPARANZA SOBEJANO (dir.) *Ley de Navegación Marítima: balance de su aplicación práctica*, Marcial Pons, 2019, pp. 507-541, p. 519.

²⁶ La regulación española, a la que no prestaremos monográfica atención en el presente trabajo está contenida en los artículos 347 a 356 LNM que adoptan y complementan las soluciones de las Reglas de York y Amberes, su análisis ha sido tratado por la doctrina, entre otros vid. J. L. PULIDO BEGINES, “Accidentes...”, op.cit.

²⁷ Cuya denominación actual no sería atribuida hasta 1902.

²⁸ Pueden consultarse las tres últimas versiones en la página oficial del CMI: <http://www.comitemaritime.org/>.

bre los que prevalecen²⁹. La inclusión además de una regla de interpretación y de la regla “Paramount” complementan este texto desde 2004, esta última insiste en lo razonable del comportamiento que conlleva los daños -“In no case shall there be any allowance for sacrifice or expenditure unless reasonably made or incurred”³⁰.

3. Últimas versiones – similitudes, diferencias y cuestiones controvertidas

54. Como se ha indicado anteriormente, las reglas, de larga trayectoria histórica, han sido reformuladas en numerosas ocasiones, siendo el CMI³¹ el responsable de esta tarea en la que alcanzar normas que agraden a todos los implicados en el sector debe no debe de ser sencillo. Precisamente, la última versión, de 2016, surge en respuesta a la de 2004 que no satisfizo a partes importantes del sector, y parece que está llamada a ser una versión más operativa en atención a su inclusión en formularios de empresas de referencia³².

55. Si nos fijamos en las concretas novedades³³ de la última versión que expliquen su más amplia aceptación, los cambios se han producido en las reglas G (4), VI, VII, X, XI, XIV, XX, XXI, XXII y XXIII. Sin pretender hacer un análisis exhaustivo de la cuestión, destaca la inclusión de la recompensa por salvamento en la avería gruesa (regla VI), si así lo considera el liquidador y sujeto a unos requisitos concretos enumerados en el punto b de dicha regla. En el caso de las reglas XI o XVII se volvía a la regulación de las Reglas de 1994 en cuestiones relativas a los salarios de la tripulación (regla XI) o las reparaciones provisionales (regla XVII).

4. Funcionamiento general del sistema – supuestos de avería gruesa

56. Como punto de partida, el sistema de las YAR parte de la intencionalidad y razonabilidad del daño como elemento esencial y prerequisite para la aplicación de las reglas, así lo expresa la Regla A a la que aludíamos anteriormente.

57. En los preceptos siguientes las RYA establecen trece supuestos en los cuales opera esta figura. Estos supuestos parten del paradigmático caso de la echazón al mar de efectos o mercancías del buque en aras a aligerar el mismo para poder completar exitosamente la travesía³⁴. Además, incluye conceptos como extinción de incendios a bordo, varada voluntaria, remuneración por salvamento -que devendrá relevante en el presente caso-, daños a las máquinas, efectos del buque quemados como combustible -que nos retrotraen a otras épocas del comercio marítimo-, salarios de la tripulación hasta llegar a un puerto seguro, daños ocasionados al cargamento en la descarga, pérdida del flete o adelanto de fondos.

58. Otras cuestiones, como los controvertidos gastos derivados del pago de rescates en caso de secuestros por piratería, han sido considerados por la jurisprudencia británica supuestos de avería

²⁹ Así lo establece expresamente la “Regla de Interpretación”, con el siguiente tenor literal (Rule of Interpretation, YAR 2016): “*Except as provided by the Rule Paramount and the numbered Rules, general average shall be adjusted according to the lettered Rules.*”

³⁰ Introducida a consecuencia de las repercusiones del caso *Corfu Navigation Co v Mobil Shipping Co*, “The Alpha”, [1991] 2 Lloyd’s Rep. 515, Queen’s bench division (commercial court).

³¹ Le Comité Maritime International: <https://comitemaritime.org/>

³² Por citar algún ejemplo, en 2016 la empresa BIMCO hacía oficial la adopción de la última versión de las Reglas para todos sus documentos, sustituyendo la recomendación de introducir la versión de 1994 o la de 1974. Vid. https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/chartering-help-and-advice/general-average/general_average_york-antwerp_rules_2016

³³ J.M. ALCANTARA, “Las Reglas de York y Amberes 2016”, *Revista de Transporte y Seguros*, nº 30, 2017, pp. 191-200.

³⁴ Ejemplo que no responde a la casuística actual de la navegación marítima, en la que este supuesto resulta bastante extraordinario en la práctica. Son, en cambio, mucho más habituales las declaraciones de avería gruesa relacionadas con el reflotamiento o salvamento del buque. Vid. Y. BAATZ, (Ed.), *Maritime law*, op. cit. p. 270.

gruesa, dado que, en esencia, el pago para la liberación del buque supone un gasto extraordinario en beneficio común de los intervinientes en la travesía³⁵.

59. Quedarán fuera, a pesar de ser llevadas a cabo con la finalidad de obtener un beneficio común para la travesía, algunos supuestos. Destaca la lógica exclusión de las mercancías cargadas, pero no declaradas³⁶, que en caso de resultar dañadas o perdidas no serán consideradas como parte del valor a reparar, pero que sí que conllevarán, en caso de resultar salvadas, obligación de contribución en proporción al valor de las mismas en la liquidación de la avería. Asimismo, en el caso de mercancías cuyo valor declarado es inferior al real, computarán en caso de pérdida o daños por ese valor, siendo aplicable su valor real a la hora de determinar la contribución a la avería en caso de que resulten salvados.

60. Los daños a las mercancías sobre cubierta, salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario, quedarían igualmente fuera, si bien, en la práctica de la navegación moderna resulta evidente que en el caso de un portacontenedores -como el Ever Given- esta exclusión carecería de todo sentido, por cuanto el grueso de la carga queda por encima de la cubierta.

5. Funcionamiento del sistema – la declaración de avería gruesa y la contribución a la misma

61. El primer paso ante una situación como las descritas será la declaración de avería gruesa por parte, habitualmente pero no obligatoriamente, del capitán del buque³⁷. A expensas de lo que cada legislación nacional regule sobre la cuestión, es frecuente igualmente que el armador recurra a la figura del “Average adjuster”³⁸, que se encargará de la gestión del caso, recopilando la información o documentación pertinente y evaluando las cuantías derivadas del siniestro. A partir de estas tareas generales, la casuística en cada caso concreto será muy variada – así como las cuantías a soportar- podrán surgir un amplio abanico de reclamaciones y situaciones jurídicas planteadas por la multitud de partes involucradas -centenares de cargadores en el caso del Ever Given-.

62. Al encontrarnos ante situaciones calificables dentro de los citados supuestos, deberá dilucidarse de qué modo debe distribuirse la contribución a la misma por todas las partes afectadas. De manera análoga a lo que se hace con un procedimiento concursal o de insolvencia, deberá conformarse una masa activa en la que se computarán los gastos implicados en la avería a la que se hará frente con los bienes de las partes obligadas a hacer frente a dichos gastos. Esta contribución será, en todo caso, proporcional al valor de lo salvado para cada uno de ellos y nunca superior a esta cuantía³⁹.

6. Liquidación de la avería gruesa

63. Realizada la distribución de lo que debe aportar cada parte, se abrirá la fase de liquidación⁴⁰ que finalizará, en su caso, con el efectivo pago o garantía de las cantidades que correspondan por parte

³⁵ *Masefield AG v Amlin Corporate Member Ltd* [2010] EWHC 280; [2010] 1 Lloyd’s Rep 509.

³⁶ YAR 2016 - Rule XIX – Undeclared or Wrongfully Declared Cargo

(a) Damage or loss caused to goods loaded without the knowledge of the shipowner or his agent or to goods wilfully misdescribed at the time of shipment shall not be allowed as general average, but such goods shall remain liable to contribute, if saved.

(b) Where goods have been wrongfully declared at the time of shipment at a value which is lower than their real value, any general average loss or damage shall be allowed on the basis of their declared value, but such goods shall contribute on the basis of their actual value.

³⁷ La legislación española en su regulación derogada, el artículo 813 Ccom sí aludía directamente al capitán como responsable.

³⁸ Cuerpo de profesionales independientes dedicados a la gestión de este tipo de supuestos, contratados por la empresa armadora del buque para la gestión del complejo procedimiento que comportan estos supuestos. <https://www.average-adjusters.com/>.

³⁹ Vid., en nuestra legislación, el art. 349 LNM.

⁴⁰ Sobre esta fase en Derecho español vid. M. VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, “Liquidación de la avería gruesa”, *Jurisdicción voluntaria notarial: estudio práctico de los nuevos expedientes en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, Ley Hipotecaria y Ley de Navegación Marítima*, 2015, pp. 1227-1236.

de todos los afectados. Las previsiones en este sentido de las RYA no son completas y deberán ser complementadas por las legislaciones nacionales que correspondan. Destaca en nuestra regulación -la Ley de Navegación Marítima- la posibilidad -artículo 352⁴¹- de retención de las mercancías en el buque en tanto en cuanto no se materialice o garantice la contribución de la propietaria de las mismas a la avería gruesa.

64. A nivel procesal, la liquidación se registrará igualmente por las normas nacionales, siendo en el caso español los artículos 352 y 353 de la LNM los que introducen las formas de “liquidación privada” y “liquidación mediante expediente de certificación pública”.

65. La primera, la vía privada, es la más común en la práctica de la navegación y consiste en el nombramiento de un liquidador privado cuyo nombramiento será llevado a cabo directamente por el armador del buque. Destaca en esta modalidad de liquidación la necesaria cooperación de buena fe de los intervinientes en la avería, por cuanto que el acuerdo para la liquidación alcanzado por esta vía no es título con fuerza ejecutiva y puede por ende ser cuestionado judicialmente. La vía del expediente de certificación pública, a la que se recurrirá cuando no se alcancen acuerdos por la vía anterior, exigirá la participación de un tercero, el notario, que realizará las tareas pertinentes en aras a encauzar el procedimiento⁴².

66. El procedimiento, de manera muy general, consistirá en la presentación ante dicho fedatario público de un escrito de solicitud que contendrá toda la información relativa a los hechos causantes de la avería, así como los daños acaecidos y una lista de las partes intervinientes en la travesía y, por tanto, copartícipes en la avería. El notario, asimismo, designará liquidador -no corresponde al propio notario el encargo de la liquidación-, debiendo todos los intervinientes colaborar en el proceso, proceso que no excederá de cuatro meses. Finalizado el mismo, el notario aprobará la liquidación propuesta por el liquidador -escuchadas a las partes- y emitirá resolución motivada en la que se determinen las cargas de cada uno, resolución que podrán impugnar ante el Juzgado de lo Mercantil. En caso de existir reclamación judicial el procedimiento se reiniciará, designándose nuevo liquidador a instancia del secretario judicial, y convocándose vista -juicio verbal-. La resolución que resulte de este procedimiento tendrá la condición, naturalmente, título ejecutivo.

7. Avería gruesa en el caso Ever Given

67. “This is, I’m pretty sure, the largest general average case that has ever arisen.”⁴³ Afirmaciones como esta pusieron de manifiesto la envergadura del caso y las repercusiones jurídicas (amén de económicas) que generó, hasta el punto de que la prensa generalista se hacía eco de la “avería gruesa”, desconocida en términos generales para todos aquellos, incluso profesionales del Derecho, no familiarizados con el Derecho del transporte.

68. El 1 de abril el propietario del Ever Given -la compañía japonesa Shoei Kisen Ltd- anunciaba la declaración de avería gruesa, concluidos ya los trabajos de reflotamiento del buque. Dadas las dimensiones del buque y la multitud de partes implicadas, se avecinaba un procedimiento largo y complejo en el que se buscaba hacer corresponsables a los cargadores de parte de los sacrificios que debió hacer el buque para poder solucionar las consecuencias del accidente, pero ¿a qué “sacrificios” se refería concretamente el armador para abrir este procedimiento? Es decir, ¿qué gastos de los generados por el incidente para el armador podrían ser repartidos?

⁴¹ Artículo 352. Derecho de retención.

El armador puede retener, a bordo o en tierra, las mercancías transportadas en tanto los interesados en ellas no constituyan garantía suficiente del cumplimiento de su obligación de contribuir. Igualmente deberán suscribir un compromiso de resarcimiento de avería, en el que se detallen las mercancías correspondientes y su valor.

⁴² Vid. artículos 506-511 LNM.

⁴³ Jonathan Spencer, “Average adjuster” en The Spencer Company, vid. <https://www.supplychaindive.com/news/ever-given-general-average-shipper-cost/597994/>.

69. Aparentemente no existió daño a la mercancía, o este no era de consideración, del mismo modo que ocurría con los daños al propio buque que, a pesar de lo aparatoso de la operación, no fueron relevantes. Sin embargo, como ya hemos visto, la operación de salvamento desplegada para la liberación del Ever Given, en la que participaron 11 remolcadores y dos dragadoras generó gastos de dimensiones considerables. En casos similares, como el del incendio Maersk Honam en 2018⁴⁴, la naviera recurrió a la empresa Richards Hogg Lindlay para la gestión y el cálculo de la avería gruesa en la que la partida de gasto más significativa era, precisamente el salvamento y -difiere en este caso- la extinción del fuego a bordo.

70. El caso al que nos referimos, como el cualquier otro, surgen algunas cuestiones a considerar una vez calculada la suma a repartir. Desde el punto de vista del armador, este podrá, como indicábamos, retener la mercancía en tanto en cuanto no se presente la garantía correspondiente por parte del cargador. Cargador que debe haber contratado un seguro con cobertura de avería gruesa para no tener que asumir personalmente esta garantía y recuperar la mercancía. En el caso de los enormes portacontenedores como el que nos ocupa, el número de cargadores hace prever un proceso largo y complicado hasta llegar a resolver definitivamente el asunto.

VI. Conclusiones

71. El Derecho marítimo es puesto a prueba una vez más a raíz de un acontecimiento negativo y demuestra que la regulación internacional en las diferentes materias tratadas ofrece respuestas eficaces para los operadores jurídicos. Esto cobra una relevancia especial en un sector como el *shipping* donde las complejidades inherentes al propio negocio generan una enorme conflictividad con un componente de internacionalidad siempre presente y en el que se cruzan numerosas nacionalidades y textos normativos aplicables a diferentes cuestiones muy específicas.

72. La posibilidad de retención de un buque por créditos marítimos amparada en un convenio internacional de gran aceptación otorga una certidumbre fundamental en un sector donde las cantidades puestas sobre la mesa por los diferentes intervinientes alcanzan cifras incomparables a otros modelos de transporte.

73. La otra cara de la moneda es representada por el instrumento que, aunque siempre cuestionado y potencialmente arcaico, posibilita al armador repartir parte de esos gastos o perjuicios generados en un incidente marítimo. Este instrumento, junto con la indispensable herramienta de la limitación de responsabilidad del naviero, ofrecen cierto alivio a los armadores para acometer travesías en las que las potenciales responsabilidades, más con los volúmenes de carga actuales, pueden alcanzar cotas desorbitadas.

⁴⁴ El 6 de marzo de 2018 este portacontenedores de la naviera Maersk se incendiaba, al parecer, a causa de la estiba a bordo del buque de varios contenedores con materias peligrosas.

La nacionalidad española de los habitantes del Sáhara occidental. Práctica jurisprudencial española

The Spanish nationality of the inhabitants of Western Sahara. Spanish jurisprudence practice

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ

Profesor Titular de Derecho internacional privado

Universidad Miguel Hernández de Elche (Alicante)

ORCID: 0000-0002-8313-2070

Recibido:28.10.2022 / Aceptado:21.12.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7560

Resumen: El Sahara Occidental dejó de estar bajo soberanía de España el 26 de febrero de 1976. Por ello, todos los ciudadanos nacidos en este territorio antes de esa fecha reclaman la nacionalidad española. Los saharauis entienden que nacieron en una zona que, en ese momento, formaba parte de España. Pero la justicia no opina lo mismo, ya que, en junio del año 2020, una sentencia del Tribunal Supremo negó ese teórico derecho a los saharauis y estableció que haber nacido en el Sahara Occidental antes de la citada fecha no daba derecho a obtener la nacionalidad española de origen, al no considerarse que fuera territorio nacional.

Palabras clave: Nacionalidad española, reconocimiento por posesión de estado, recuperación de la nacionalidad, Sáhara.

Abstract: Western Sahara ceased to be under Spanish sovereignty on February 26, 1976. Therefore, all citizens born in this territory before that date claim Spanish nationality. The Saharawis understand that they were born in an area which, at that time, was part of Spain. But justice does not think so, since, in June 2020, a ruling of the Supreme Court denied this theoretical right to the Saharawis and established that being born in Western Sahara before that date did not give the right to obtain the Spanish nationality of origin, as it was not considered to be national territory.

Keywords: Spanish nationality, recognition by possession of state, recovery of nationality, Sahara.

Sumario: I. Introducción. II. Adquisición de la nacionalidad española de los naturales del Sahara. 1. Derecho de opción a la nacionalidad española. 2. Adquisición de la nacionalidad española por residencia. 3. Consolidación de la nacionalidad española. 4. Atribución de la nacionalidad española iure soli en evitación de situaciones de apatridia. III. Consolidación de la nacionalidad española de los naturales del Sahara, conforme al artículo 18 del Código Civil. IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. La principal y más grave consecuencia del cuestionable modo en que se llevó a cabo la descolonización del Sáhara es que el territorio fue abandonado a su suerte, sin llegar a producirse una sucesión de Estados, lo que sitúa al Sáhara desde entonces y hasta nuestros días en una situación de indefinición

* alfonso.ortega@umh.es

en el plano internacional, siendo una de las consecuencias más graves que los saharauis carezcan de nacionalidad, porque ni pudieron optar en muchos casos por la nacionalidad española, a la vista de las duras condiciones del Decreto de 1976, ni pueden tener una nacionalidad propia porque el Sáhara no es todavía, al día de hoy, un Estado¹. De este modo, se ha derivado en la apatridia de estos ciudadanos que un día fueron súbditos del Estado español.² El caso del Sahara se viene considerando en la doctrina como un supuesto de descolonización atípica y nada satisfactorio en cuanto al procedimiento seguido y en cuanto al resultado alcanzado, con una clara responsabilidad del Estado español en esta cuestión.³

2. El régimen jurídico aplicable a la adquisición de la nacionalidad española se regula en el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil⁴ (en adelante, CC o Cc), que tiene que ser integrado, en cuanto a la previsión de los requisitos legalmente exigidos y que tienen que ser cumplidos para obtener la residencia con la disciplina prevista en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁵. Respecto a los sefardíes debemos tener en cuenta la Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España⁶, por el cual se ha facilitado el acceso a la nacionalidad española a los sefardíes en nombre de la vinculación histórica a España. Para el desarrollo de la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Sáhara⁷ se aprueba el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara⁸, en virtud del cual se concedió el plazo de un año para que estos pudieran optar por la nacionalidad española cumpliendo ciertos requisitos. El mismo Decreto dispone que, transcurrido el plazo de un año, quedan anulados los pasaportes y documentos de identificación personal concedidos por las autoridades españolas a los naturales del Sáhara que no ejerzan su derecho de opción. De este modo, se ha venido entendiendo que los saharauis que no hubieran ejercido el derecho de opción establecido en el Decreto 2258/1976 carecerían de la nacionalidad española. A pesar de ello, se ha solicitado en numerosas ocasiones el reconocimiento o la recuperación de la nacionalidad española por parte de saharauis que no hicieron uso de este derecho de opción, particularmente con relación a personas que no se encontraban en situación de poder optar durante el plazo de un año establecido en el Decreto porque ni se encontraban en territorio español ni en territorio extranjero, por hallarse en el Sáhara, hecho que se aprecia en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de noviembre de 2019, objeto de estudio el cual estima el recurso presentado y reconoce la nacionalidad española en base al artículo 18 del CC.⁹ Cabe tener en cuenta, al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao¹⁰, de 9 de junio de 2021, en la que se confirma la decisión de instancia recurrida aduciendo, en síntesis, que a la fecha del nacimiento del demandante en el año 1971 en Haguñía (Sahara Occidental) este territorio era provincia española y que por tanto D. Norberto nació español, contando con Libro de Familia emitido por la propia

¹ Vid. J.L. ARGUDO PÉREZ y J.J. PÉREZ MILLA, "Vinculación nacional y nacionalidad de los habitantes de los territorios descolonizados del África española", en *Acciones e Investigaciones Sociales*, N.º 1, 1991, pp. 167-202.

² Vid. J. SOROETA LICERAS, "La problemática de la nacionalidad de los habitantes de los territorios dependientes y el caso del Sáhara Occidental", en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XV, 1999, pp. 655 - 633.

³ Vid. C. RUIZ MIGUEL, "Nacionalidad española de ciudadanos saharauis: Secuela de una descolonización frustrada (y frustrante)", en *Revista General de Derecho*, N.º 663, 1999, pp. 14237 y 14238.

⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid *núm.* 206, de 25 de julio de 1889).

⁵ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE *núm.* 10, de 12 de enero de 2000).

⁶ Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España (BOE *núm.* 151, de 25 de junio de 2015).

⁷ Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Sáhara (BOE *núm.* 278, de 20 de noviembre de 1975).

⁸ Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara (BOE *núm.* 23, de 28 de septiembre de 1976).

⁹ Vid., en sentido amplio, A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, "Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad", Ediciones GPS, Madrid, 2015; A. ORTEGA GIMÉNEZ, (Dir.) y L. HEREDIA SÁNCHEZ, (Coord.), "Manual práctico Orientativo de Derecho de la Nacionalidad", Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017; y J.C. Alonso Burón, (Dir.), A. ORTEGA GIMÉNEZ, (Coord.) y otros, "Código básico de Extranjería y Nacionalidad", Ediciones Laborum, Murcia, 2007.

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Quinta, *núm.* 149/2021, de 9 de junio de 2021.

Administración española; que ha sido despojado de la nacionalidad española sin tener otra a cambio ya que España no reconoce el estado Saharui y por ende tampoco la nacionalidad saharai, siendo así apátrida; y que el hecho de que cuente con pasaporte marroquí no conlleva que sea nacional del país emisor. Alude a la STS de 28 de octubre de 1998 y cita la doctrina que entiende de aplicación al caso sosteniendo vulneración del artículo 24 CE y también art. 14 CE al haberse estimado por otros órganos judiciales demandas cual la que es origen de esta litis. E invoca lo dispuesto en el art. 96 de la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957 y también los arts. 2 y 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Quinta, de 9 de diciembre de 2020¹¹, en la que se confirma la decisión de instancia que desestimó la demanda interpuesta por el Sr. Silvio frente a la Dirección General de Registros y del Notariado en pretensión, con sustento en los arts. 17, 18 y 22 del Código Civil, de que se declare su nacionalidad española desde la fecha de su nacimiento.

II. Adquisición de la nacionalidad española de los naturales del Sahara

3. El concepto de nacionalidad, puede ser interpretado en un sentido negativo o formal, o bien como vínculo político jurídico que liga a un individuo con un determinado Estado. La pertenencia a una nación determina la condición de ciudadano y, como tal, le corresponde el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes, atribuidos o concedidos discrecionalmente por el Estado. La nacionalidad es reconocida como un estado civil, que se compone de una connotación personal que incide directamente en la capacidad de obrar de las personas, los acompaña desde su nacimiento y afecta sus leyes más personales, y a la que se une una connotación política por su carácter constitucional, que se encuentra reflejado en el artículo 13 de la Constitución española¹² (en adelante, CE), aunque sea el CC el que lo regule sustancialmente.

4. Para determinar la condición de nacional desde la perspectiva constitucional del ordenamiento jurídico es preciso acudir al Capítulo Primero de la CE en la que no se equipara a nacionales y extranjeros como se deduce en el artículo 13.1 de la CE y que ha de ser interpretado junto con los artículos 10 y 53.1 de la CE¹³. Los Estados tienen competencia exclusiva en la regulación de la nacionalidad, pero limitada a la protección de la relación efectiva entre el Estado y sus nacionales y, en caso de que se verifique el fenómeno sucesorio, el Estado que sucede puede aprobar medidas legislativas que reconozcan la continuidad de la vinculación con el Estado sucedido.

5. Se pueden distinguir dos formas de adquisición de la nacionalidad española que son la originaria y la derivativa. La primera determina la adquisición de la nacionalidad desde el nacimiento y la segunda con posterioridad al mismo¹⁴. La nacionalidad española por origen se adquiere por la pertenencia del nacido a una determinada línea o estirpe familiar, *ius sanguinis*, o en virtud del lugar de nacimiento, *ius soli*. La adquisición de la nacionalidad española derivativa permite a personas, que en origen tenían

¹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Quinta, núm. 292/2020, de 9 de diciembre de 2020. Razona la audiencia siguiendo la doctrina contenida en reciente STS de 29 de mayo de 2020, ratificada en más reciente STS de 21 de julio de 2020, del siguiente modo: "(...) Por lo que hace a la posible atribución al demandante de la nacionalidad española en base a lo dispuesto en el art. 18 Cc insistir aquí en que tal y como se razona por la juzgadora a quo la posibilidad de reconocer a un saharai la nacionalidad española por aplicación del citado art. 18 requiere que se trate de saharais que se hubieran visto imposibilitados de ejercer el derecho de opción que contemplaba el RD de 10 de agosto de 1976 durante su periodo de vigencia según la STS de 28 de octubre de 1998, entendiendo esta resolución que no pudieron ejercitar el derecho de opción quienes seguían viviendo en el Sáhara en el citado periodo, puesto que no existían «representaciones españolas en el extranjero» ante las que ejercitar el derecho de opción. Pues bien, la carga de la prueba de esta imposibilidad recae sobre quien la invoca y no se ha justificado suficientemente en el parecer de esta Sala la residencia de los padres del actor en el Sáhara en el periodo de vigencia del RD de 10 de agosto de 1976 que les hubiera impedido ejercitar esta opción no solo por ellos sino por su hijo menor de edad."

¹² Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

¹³ De acuerdo con el artículo 13.1 CE: "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley".

¹⁴ Vid. J. M^o ESPINAR VICENTE, "La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español", Civitas, Madrid, 1994, pp.72 y ss.

otra nacionalidad o carecían de nacionalidad alguna, por la que ejercen el derecho a adquirir la nacionalidad tras la verificación de unas condiciones excepcionales determinadas legalmente. Se distinguen los siguientes modos: opción (= artículo 20.1 del CC¹⁵), carta de naturaleza (= artículo 21.1 del CC) y residencia (= artículos 21.2 y 22 del CC¹⁶). Además, se debe tener en cuenta la consolidación por posesión de estado previsto en el artículo 18 del CC¹⁷. Sobre ello, es interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésima, de 3 de diciembre de 2019¹⁸, en la que confirma la desestimación de una demanda interpuesta contra la DGRN y confirma la resolución que desestima la inscripción de nacimiento de la actora. La Juzgadora de instancia desestimó la demanda al concluir que, aunque la actora hubiese nacido en territorio saharauí cuando éste era posesión española, ello no implicaba que pudiera ser considerada como tal, sino que sólo fue súbdita de España, beneficiándose de la nacionalidad española, como recogía la Ley de 19 de noviembre de 1975 de descolonización del Sahara, y sin que le fuera aplicable la doctrina contenida en la STS de 28 de octubre de 1998 porque no había acreditado que le hubiese sido imposible a sus progenitores optar por la nacionalidad española en el plazo dado para ello, ni tampoco la posesión de la nacionalidad española en los términos establecidos en el art. 18 del Cc; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Tercera, de 23 de julio de 2018¹⁹, en la que se deniega de la nacionalidad española de origen y por consolidación, basadas en que el padre de la solicitante tenía un pasaporte expedido en el Aaiún.

6. Los naturales del Sáhara, que acrediten los requisitos legales exigibles, pueden acceder a la nacionalidad española de acuerdo con los siguientes títulos de atribución:

¹⁵ Al respecto, se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de diciembre de 2018, ya que considera que la pretensión de la interesada no puede ser estimada, porque los requisitos que exige el art. 20.1º. b) Cc, en su redacción dada por Ley 36/2002, de 8 de octubre (conforme al cual tienen derecho a optar por la nacionalidad española 'aquellas [personas] cuyo padre o madre hubiere sido originariamente español y nacido en España'. para que prospere el ejercicio del derecho de opción son dos, que la madre o el padre sea originariamente españoles y que hayan nacidos en España, y uno de ellos no resulta acreditado en el presente caso, toda vez que, si bien el padre es español de origen, no nació en España, toda vez que su nacimiento se produjo en Tánger en 1916.

¹⁶ Es interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimosegunda, de 27 de junio de 2019, en la que se desestima un recurso de apelación contra una decisión que rechazó una solicitud de reconocimiento de la nacionalidad española de origen con valor de simple presunción. Entre otras cosas en el fallo se afirma lo siguiente: «en definitiva, el Sáhara podría haber sido parte del territorio español, y así lo declara también la STS de 13 de octubre de 2009, aunque sólo a los efectos del art. 22 Cc, en su actual redacción, que se refiere a la obtención de la nacionalidad española por residencia; pero nunca se le ha reconocido como parte integrante del territorio nacional a los del art. 17 Cc.

¹⁷ Cabe tener en cuenta, en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, Sección Primera, núm. 358/2018, de 18 de julio de 2018, en la que confirma una sentencia del juzgado que desestimó una demanda de solicitud de nacionalidad española por ser español de origen, hijo de padre español, y subsidiariamente por residencia continuada en España de más de 1 año. De acuerdo con la Audiencia «no podemos estimar que en el momento del nacimiento del recurrente su padre ostentara la nacionalidad española, ni que la posterior adquisición de la nacionalidad en virtud de una declaración de simple presunción por posesión de estado sea de carácter originario, dado que no se puede tener por acreditado que el padre naciera en territorio español. El padre del recurrente vio reconocida la nacionalidad española con valor de simple presunción por posesión de estado, conforme a lo regulado en el art. 18 Cc y art. 96.2º LRC, por tanto su reconocimiento no es de origen, sino derivativo, una vez cumplidos los requerimientos que establece la norma: La posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, es causa de consolidación de la nacionalidad, aunque se anule el título que la originó.

¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésima, núm. 503/2019, de 3 de diciembre de 2019.

¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Tercera, núm. 307/2018, de 23 de julio de 2018. Considera la Audiencia que: "los hechos probados impiden acoger la pretensión de la actora apelante y declarar la nacionalidad española de origen al amparo de lo dispuesto en el art. 17. 1º Cc. Ciertamente es que obra en autos un pasaporte español a nombre del padre de la hoy actora apelante, expedido en Aaiún, en fecha 27 de diciembre de 1971, y de una validez hasta el 26 de diciembre de 1973, así como un documento nacional de identidad del Sahara, en el que figura una fecha de 8 de julio de 1975, sin ninguna referencia al carácter español de tal documento, sucediendo lo mismo con el resto de documentación, como las certificaciones de nacimiento que se aportan como correspondientes a la aludida actora apelante y de su padre, en las que nada figura sobre la nacionalidad de los mismos, estando ambos documentos expedidos el 29 de septiembre de 1969, no existiendo ninguna constancia clara y fehaciente de la condición del padre de dicha actora de nacional español de origen ni de que hubiera optado por dicha nacionalidad en el plazo del año fijado en el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sáhara, ni, en su caso, de la imposibilidad de haber ejercido dicha opción.

1. Derecho de opción a la nacionalidad española

7. La Ley de descolonización de 19 de noviembre de 1975 fue acompañada en su desarrollo normativo por el Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, que reconoció el derecho de optar por la nacionalidad española a los naturales del Sahara que: a) se encontrasen en tal fecha residiendo en territorio nacional y estuviesen provistos de “documentación general española”; o bien b) que encontrándose fuera del territorio nacional español se hallaran en posesión de pasaporte español o estuvieran incluidos en los Registros de las representaciones españolas en el extranjero (= artículo 1), lo que podían hacer en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del Derecho, mediante comparecencia ante el Encargado del Registro civil de su residencia (= artículo 2). Las actas levantadas de aquellas comparecencias ante el Encargado del Registro Civil recogiendo la manifestación de voluntad de optar y la acreditación de la posesión de la documentación requerida en cada caso daba lugar a las correspondientes inscripciones en los Registros civiles españoles con pleno reconocimiento de la nacionalidad española de los optantes.

2. Adquisición de la nacionalidad española por residencia

8. El artículo 22.2.a) del CC establece el plazo de residencia de un año respecto del que “haya nacido en territorio español”. En este caso el debate jurídico se ha centrado en la correcta interpretación de la expresión “territorio español” utilizada por tal precepto. Así se entiende que el nacido en los antiguos territorios del Sahara español durante el periodo de dominación española del mismo cumple tal requisito, por lo que puede acceder a la nacionalidad española mediante residencia legal abreviada de un año. En este sentido, es interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián, de 9 de marzo de 2018²⁰, en la que se estima un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia del juzgado que había confirmado una resolución de la DGRN denegatoria de concesión de la nacionalidad española al recurrente. Concesión de la nacionalidad española al nacido en El Aaiún en el año 1972 por la vía del artículo 22.2 y 3 del Código civil.

3. Consolidación de la nacionalidad española

9. Dispone el artículo 18 del CC, “La posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, es causa de consolidación de la nacionalidad, aunque se anule el título que la originó”. En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de noviembre de 2019²¹ al estimar un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimando la demanda y revocando una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de julio de 2014, ordenando, pues, que se proceda a la inscripción del solicitante, nacido en 1975, y no en 1974, y a su condición de español por haber consolidado la expresada nacionalidad española en los términos exigidos por el artículo 18 del CC²².

4. Atribución de la nacionalidad española *iure soli* en evitación de situaciones de apatridia

10. En base a la interpretación del artículo 17.1.c) del CC²³ que considera españoles de origen a “los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación

²⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián, Sala Segunda, núm. 107/2018, de 9 de marzo de 2018.

²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 593/2019, de 11 de noviembre de 2019.

²² *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 404/2021, de 16 de noviembre de 2021. Ésta trata sobre la denegación de la nacionalidad española con base en el art. 18 CC, porque no se acreditaron los requisitos de posesión y utilización continuada de la nacionalidad.

²³ *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo núm. 786/2021, de 15 de noviembre de 2021. El Alto Tribunal deniega un recurso de casación contra una resolución que acordó conceder la nacionalidad española a la solicitante, por el hecho de haber nacido

de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad”. Teniendo en cuenta que no está por el momento reconocida internacionalmente la nacionalidad saharauí, cuando el padre del nacido en España, aunque haya estado con anterioridad en posesión de pasaporte argelino, haya sido desposeído de éste y actualmente esté documentado en España como apátrida, y cuando la madre, si bien está en posesión de pasaporte argelino, no es considerada ciudadana argelina por las autoridades de este país y así se acredita mediante certificación consular, hay que concluir que los padres son apátridas, de modo que se impone la atribución de la nacionalidad española *iure soli* al hijo. En este aspecto, es interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián, de 3 de octubre de 2017²⁴.

11. Para más abundancia, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 2020²⁵, interpreta el artículo 17.1º.c) del Código Civil, concluyendo que el Sahara no puede ser considerado España a los efectos de la nacionalidad de origen contemplada en esta norma; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de marzo de 2022²⁶, en la que se desestima un recurso de apelación contra la decisión de instancia que a desestimó la demanda, con base en la doctrina jurisprudencial fijada por la sentencia dictada por el Pleno de la sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 29 de mayo de 2020, que entiende aplicable al caso y concluye que no le corresponde la nacionalidad española al demandante conforme a lo establecido en los arts. 17 1 c) y d) y art. 18 del Cc, al no concurrir los requisitos establecidos en la Ley y Reglamento del Registro Civil, para ello; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 28 de mayo de 2021²⁷, que estima el recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Iruña/Pamplona de 8 de febrero de 2021 que declaró otorgar al actor con valor de simple presunción, la nacionalidad española de origen; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de junio de 2020²⁸, en la que se confir-

en el Sahara cuando era colonia española y ser hija de españoles. De acuerdo con su fallo: “(...) El presente recurso de casación se interpone en un proceso sobre impugnación de resolución de la DGRN (de fecha 18 de marzo de 2016) denegatoria de la nacionalidad española (doc. 2 de la demanda), reduciéndose la controversia a si la demandante, nacida en el Sahara Occidental en enero de 1974, tiene o no la nacionalidad española de origen conforme al art. 17 Cc., apdos. 1 y 2, según su redacción entonces vigente (Ley de 15 de julio de 1954), lo que ha de ser resuelto con arreglo a la jurisprudencia fijada por esta sala en su sentencia de pleno 207/2020, de 29 de mayo, seguida por las más recientes 444/2020, de 20 de julio (esta respecto de un nacido en Guinea durante el tiempo en que fue colonia española) y 681/2021, de 7 de octubre, según la cual los territorios coloniales españoles (en este caso, el Sahara Occidental donde nacieron tanto la demandante como sus padres) no eran España a los efectos de nacionalidad, lo que determina, en contra de lo que resuelve la sentencia recurrida, que la demandante no pueda ser considerada española de origen por haber nacido de padre o madre españoles (art. 17 Cc., apdos. 1 y 2, según dicha redacción), ya que ninguno de ellos nació en España, y que tampoco pueda serlo con base en el actual art. 17. 1º c). (...) En consecuencia, se rechazan las causas de inadmisión alegadas por la demandante-recurrida, toda vez que la cuestión jurídica se plantea con pleno respeto a los hechos probados, se cita como infringida la norma sustantiva aplicable a la controversia y es patente el interés casacional del recurso, y procede estimar su único motivo y confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia, incluido su pronunciamiento en materia de costas por ajustarse al art. 394.1 LEC.”

²⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián, Sección Tercera, núm. 193/2017, de 3 de octubre de 2017, en la que se confirma la tesis sostenida por el Juzgador centrada en reconocer que Ceferino no tiene actualmente nacionalidad, y que nació en 1974 en territorio español, por lo que corresponde declarar su nacionalidad de origen con arreglo al art. 17.1º.c) Cc., puesto que es nacido en España, cuando el Aaiún era provincia española, de padres extranjeros (saharauis coloniales), que no pudieron atribuir a su hijo una nacionalidad, por las razones de la descolonización a modo de abandono de un territorio. Para la Audiencia “si el territorio de marras, calificado como español, fue luego considerado no español, según las disposiciones que se dejaron mencionadas, ello no significa que, al amparo de la calificación, bajo la que se desarrollaron o tuvieron ocurrencia los hechos determinantes del título, no se produjera una apariencia legitimadora, pese a la anulación posterior de la razón jurídica sustentadora”.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 207/2020, de 29 de mayo de 2020.

²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección vigésima, de 11 de marzo de 2022.

²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Tercera, núm. 649/2021, de 28 de mayo de 2021.

²⁸ *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Vigésimoprimera, núm. 146/2020, de 28 de mayo de 2021. La Audiencia razona del siguiente modo: “(...) Examinandos los motivos de impugnación mantenidos contra la resolución adoptada en instancia, entendemos de interés reseñar los siguientes hechos esenciales para dar respuesta a aquéllos: D. Carlos Antonio inició ante el Registro Civil de Tudela (Navarra) expediente con el fin de que se declarara con valor de simple presunción su nacionalidad española por consolidación de la misma, habiéndose dictado Auto por el Encargado de dicho Registro Civil, con fecha 23 de Octubre de 2012, acordando declarar la nacionalidad española con valor de simple presunción del Sr Carlos Antonio, librándose al efecto testimonio de dicha resolución al Registro Civil Central a fin de que se incoara expediente para la inscripción de nacimiento fuera de plazo de aquél, como consta en dicho Auto que obra a los folios 17 y 44 de las actuaciones. Remitidas las actuaciones al Registro Civil Central para que se procediera a la inscripción marginal de la mencionada

ma la decisión de instancia que desestimó la pretensión del actor de inscripción de nacimiento fuera de plazo como ciudadano saharauí nacido con anterioridad al año 1975, siendo hijo de españoles al nacer, citando en apoyo de sus pretensiones las previsiones contenidas entre otros preceptos el art. 17.1º Cc.

III. Consolidación de la nacionalidad española de los naturales del Sahara, conforme al artículo 18 del Código Civil

12. En el Preámbulo de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad²⁹ que reformó el artículo 18 se indica que la finalidad de darle nueva redacción al precepto era “evitar cambios bruscos y automáticos de la nacionalidad de una persona”, por esta razón y para evitar este resultado se introduce una nueva forma de adquisición de la ciudadanía española por posesión de estado, lo que no es una novedad en Derecho comparado europeo. Tal posesión requiere las condiciones tradicionales de justo título, prolongación durante cierto tiempo y buena fe. A propósito de esta cuestión la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de noviembre de 2019, reconoce la nacionalidad española del demandante en base a la posesión y utilización continuada de la nacionalidad española, condiciones que han sido probadas de sobra en el recurso interpuesto por el demandante.

13. La correcta interpretación y aplicación del artículo 18 del CC a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de noviembre de 2019, debe efectuarse en el especial contexto histórico referido a los naturales del denominado Sahara español y a la ulterior desvinculación del territorio de la metrópoli tras su ocupación por un tercer Estado. Al respecto la STS 1026/1998 de 26 de octubre de 1998 efectúa una síntesis histórica de los hechos indicados señalando lo siguiente: “El origen de la cuestión debatida se halla en las confusiones creadas por la legislación interna, promulgada para la antigua colonia del llamado Sahara español, en el período histórico precedente a la “descolonización” llevada en su día a cabo, en trance lleno de dificultades, que culminaron con el abandono del territorio, al margen, desde luego, de la calificación objetiva que mereciera el territorio del Sahara en relación con el territorio metropolitano, según el Derecho Internacional. Tal periodo histórico ha sido denominado, doctrinalmente, etapa de la “provincialización”, a consecuencia de la manifestada y reiterada voluntad legislativa de equiparar aquel territorio, no obstante sus peculiaridades, con una “provincia” española, y, por ello, a considerarla, como una extensión del territorio metropolitano, o sea, territorio español, sin acepciones, con todas las vinculaciones políticas determinantes de la referida concepción que, sin duda, se proyectaron, como corolario obligado, en la población saharauí y, en su condición de nacionales españoles. Ilustres administrativistas enseñaron que la “provincialización” elevaba dichos territorios al rango de territorio nacional. Entre otras normas debe destacarse la Ley de 19 de abril de 1961 que estableció “las bases sobre las que debe asentarse el ordenamiento jurídico de la Provincia del Sahara en sus regímenes municipal y provincial”, con otros aspectos, algunos tan importantes como el recogido

declaración, y a la incoación del expediente para la inscripción de nacimiento fuera de plazo del Sr Carlos Antonio, e iniciado este expediente, se oyó en el mismo al Ministerio Fiscal que se opuso a lo solicitado, dictando finalmente el Encargado del Registro Civil Central resolución, con fecha 1 de Agosto de 2014, denegando la inscripción de nacimiento solicitada por D. Carlos Antonio, practicando no obstante la anotación marginal de nacionalidad española con valor de simple presunción en virtud de Auto del Registro Civil de Tudela de fecha 23 de Octubre de 2012, y ello por considerar no se encontraban suficientemente acreditados determinados extremos del hecho a inscribir, siendo contra esta resolución frente a la que D. Carlos Antonio interpuso el correspondiente recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que dictó resolución con fecha 4 de Marzo de 2016, desestimando la pretensión de inscripción fuera de plazo del nacimiento con la anotación marginal interesada, contra la que se ha venido a interponer el recurso de apelación que nos ocupa. Aun cuando el relato del trámite acaecido en relación con la pretensión inicialmente deducida por el Sr Carlos Antonio pueda parecer intrascendente, entendemos que tiene un especial interés, como referimos al inicio del presente fundamento jurídico, para resolver la cuestión discutida en la *litis*, en tanto que no podemos perder de vista cual es el alcance de la resolución cuya revocación a través del presente procedimiento se interesa, ni tampoco lo que se solicitó por la parte apelante, actora en instancia, en la demanda por ella presentada en la que lo que venía a interesar era la inscripción de su nacimiento fuera de plazo como ciudadano saharauí nacido con anterioridad al año 1975, siendo hijo de españoles al momento de nacer”.

²⁹ 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).

en el artículo cuarto que, textualmente, dispone que “la provincia del Sahara gozará de los derechos de representación en Cortes y demás organismos públicos correspondientes a las provincias españolas”, regla que fue llevada a la práctica con la participación efectiva de representantes saharauis en las Cortes y en el Consejo Nacional. Como manifestación de esta posición el Aaiun “era una provincia española y la palabra España comprendía todo el territorio nacional”.

14. Al referirse en concreto a la nacionalidad de los saharauis durante el tiempo en el que se prolongó la tutela española sobre el territorio del Sáhara, la expresada Sentencia concluye que esta nacionalidad fue la española. Cuestión distinta es que una vez producida la ocupación del territorio por un tercer estado y consumada la desvinculación de España, las autoridades españolas del momento concedieran a los habitantes del territorio la posibilidad de optar formalmente por la nacionalidad española, a cuyo efecto se emitió el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, pero ello no significa que quienes no pudieron de facto ejercitar tal opción por hallarse en los campos de refugiados de Argelia y no tener posibilidad de acceder a un consulado español, no puedan acreditar su condición de originarios del Sáhara y a que les sea reconocida la nacionalidad española.

15. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de noviembre de 2019 se aprecia el análisis de la aplicación del artículo 18 del CC, al respecto el Tribunal señala que este artículo establece el concepto de consolidación de la nacionalidad por la posesión y utilización continuada de ésta, de acuerdo con el cumplimiento de determinados requisitos, así como la concurrencia de *tractatus* y fama, por lo cual en base a todas las pruebas presentada en autos se da por probada la inscripción en el Registro civil correspondiente, a pesar de que no se aportó la certificación correspondiente porque considera que “la existencia de la referida inscripción se produce con toda certeza, según la prueba practicada y según la legislación aplicable”. Ciertamente que en la indicada resolución el Tribunal analiza un supuesto de anotación de la nacionalidad española con valor de simple presunción, pero la doctrina que expone ha de ser de igual aplicación al caso que ahora nos ocupa en que al demandante ya le fue anotada la nacionalidad española con valor de simple presunción y lo que se analiza es si la anotación de nacimiento que sirvió de soporte a la anotación de presunción de la nacionalidad española, puede convertirse en una inscripción definitiva en base al artículo 18 del CC.

16. En consecuencia, el acceso a la nacionalidad española por la vía del artículo 18 CC se aplicaría a los naturales del Sáhara que tuvieron inscrito su nacimiento en España y vieron anulado su título en virtud de la Ley 40/1975 sobre descolonización del Sahara y el Real Decreto 2258/1976 por no ejercer la opción prevista en este último porque, no pudieron hacerlo, perteneciendo, así, al *tertium genus*. El Ministerio de Justicia a través de la DGRN, ha venido reconociendo la consolidación de la nacionalidad española cuando el interesado en el expediente registral instruido acredita que reúne las condiciones exigidas para la consolidación, esto es, inscripción en el Registro Civil español, prueba de la posesión y utilización de la nacionalidad española durante diez años, bastando para ello haber ostentado documentación oficial española vigente durante tal periodo de tiempo, y haber estado imposibilitado de facto para el ejercicio de la opción concedida por el Decreto de 10 de agosto de 1976 durante el año de vigencia de la misma por haber residido durante dicho periodo en el Sahara ocupado por Marruecos. Por tanto, ha quedado admitido que la citada población pueda adquirir la nacionalidad española por posesión de estado prevista en el actual artículo 18 del Código Civil, si bien, en este supuesto incumbe al demandante la carga de probar que reúne los requisitos establecidos en tal precepto.

17. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de noviembre de 2019, con el fin de probar que el demandante reúne los requisitos necesarios para la consolidación de la nacionalidad española se pone de manifiesto el relato proporcionado por la testigo Doña Miriam que manifestó ser prima del demandante, quien explicó que su familia y la del actor residían en Villa Cisneros, y que junto a otros miles de personas debieron trasladarse a los campamentos de refugiados de Tinduf en el año 1976, indicando que “todos” terminaron en los campos y que desde allí salieron a estudiar a Cuba, tanto la propia testigo como el actor, viniendo posteriormente a España en el año 2005, indicando que

el actor regreso unos años antes. Tomando en consideración las pruebas aportadas en los autos y la declaración testifical de la testigo la sala señala que el demandante ha actuado como español porque nació en territorio español, y no pudo por razones de edad y por hallarse en un campo de refugiados, ejercitar la opción a que se refiere el real Decreto 2256/1976, de 10 de agosto, debiendo asimismo tener en cuenta para explicar esta consideración propia como español, el hecho de que su padre estuviera dado de alta en el sistema de la Seguridad Social española como de nacionalidad española, así como que su madre dispusiera del DNI emitido por España para los ciudadanos del Sahara Occidental. Obra en autos documentación que acredita que el actor estudió en la universidad cubana de Camagüey en la que obtuvo el título de Licenciado en Economía en julio de 1998, y que, posteriormente, se trasladó a España, donde siguió un programa de doctorado en la Universidad de Oviedo durante los cursos 2001/2002 2002/2003, 2004/2005 y 2005/2006 habiéndose certificado en fecha 29 de septiembre de 2005, por la Directora de la Residencia “Ramón Menéndez Pidal”, que el ahora demandante residió en el centro desde el 25 de julio de 2003 hasta la culminación de sus estudios, extremo que acredita suficientemente su presencia en España desde el año 2001. Todo ello es prueba de que el demandante estaba en posesión tanto de la documentación general como de la concreta a la que se refiere el Decreto, además de otros documentos que acreditaban el ejercicio de actividades propias del nacional español, por lo que resulta probada “la posesión del estado de nacional español por el actor.

IV. Consideraciones finales

18. Durante la época del colonialismo europeo iniciada en el siglo XIX y prolongada durante la primera mitad del siglo XX, el territorio del Sáhara quedó bajo la dominación española, situación que se mantiene hasta que la Ley 40/1975, de 19 de noviembre sobre descolonización del Sáhara pone fin a la misma para dar cumplimiento a lo dispuesto en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1960 sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales. El caso del Sahara se viene considerando en la doctrina como un supuesto de descolonización atípica y nada satisfactorio por las formas en que se realizó. Por lo que, nos encontramos con un pueblo, el saharauí, al que se le ha robado su patria siendo obligado a vivir fuera de la misma. Un pueblo con soberanía propia de origen, que, como posesión española, fue colonizado mediante acuerdos con España, que pasó a ser considerado a todos los efectos provincia española desde 1958 a 1976, y que más tarde buscó su descolonización e independencia.

19. A la vista de todo lo expuesto, parece que podrían encontrarse argumentos de peso para reconocer que los naturales del Sahara que nacieron cuando este territorio estaba bajo administración española tuvieron en aquel momento la nacionalidad española, hasta que, en un momento posterior, con la Ley 40/1975 y el RD 2258/1956, quedaron privados de tal nacionalidad por no ejercer el derecho de opción que preveía el Real Decreto. Este planteamiento, sin embargo, es contrario a la postura que viene manteniendo la DGRN y no encuentra un claro respaldo en el ámbito judicial, porque la STS de 28 de octubre de 1998 reconoció el acceso a la nacionalidad por la vía del artículo 18 del CC, en el mismo sentido se estima el recurso interpuesto por el apelante en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de noviembre de 2019, que es objeto de análisis.

20. Si analizamos este tema desde la distancia que nos separa con la turbulenta descolonización, y en un Estado con principios constitucionales ya consolidados, se puede considerar que aquellos saharauis que nacieron en la etapa de provincialización fueron en su día nacionales españoles por lo que podrían recuperar la nacionalidad española si acreditan los requisitos legales exigibles, de acuerdo con los siguientes títulos de atribución: a) Derecho de opción a la nacionalidad española, establecido por la Ley de descolonización de 19 de noviembre de 1975 que reconoció el derecho de optar por la nacionalidad española a los naturales del Sahara que se encontrasen en tal fecha residiendo en territorio nacional y estuviesen provistos de “documentación general española”; o bien que encontrándose fuera del territorio nacional español se hallaran en posesión de pasaporte español o estuvieran incluidos en los Registros

de las representaciones españolas en el extranjero, lo que podían hacer en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del Decreto, mediante comparecencia ante el Encargado del Registro civil de su residencia; b) Adquisición de la nacionalidad española por residencia, en base al artículo 22.2.a) del Código Civil el cual establece el plazo de residencia de un año respecto del que “haya nacido en territorio español”; c) Consolidación de la nacionalidad española, según lo dispuesto en el artículo 18 del CC.

21. En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de noviembre de 2019 que estima el recurso de apelación interpuesto y revocando una Resolución de la DGRN de 22 de julio de 2014, por lo que ordena que se proceda a la inscripción del solicitante, nacido en Villa Cisneros en 1975, reconociéndole su condición de español por haber consolidado la expresada nacionalidad española en los términos exigidos por el artículo 18 del CC.

22. Y, por último, en base a la interpretación del artículo 17.1.c) del Cc³⁰ que considera españoles de origen a “los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad”, la atribución de la nacionalidad española *iure soli* en evitación de situaciones de apatridia. Además, son interesantes la Sentencia del Tribunal Supremo³¹, de 7 de octubre de 2021, donde el Alto Tribunal reitera la doctrina fijada por la sentencia de pleno 207/2020, de 29 de mayo, es decir, que no son nacionales españoles de origen del art. 17.1 c) del Cc los nacidos en el Sahara Occidental antes de su descolonización; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 26 de mayo de 2017³², en la que la palabra España consignada en el

³⁰ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao núm. 177/2021, de 2 de julio de 2021. En esta Sentencia se inadmite un recurso contra la resolución de denegación de la nacionalidad española, de acuerdo con la Audiencia: “(...) valorada la prueba practicada resulta que la demanda se ha de desestimar por cuanto que: a.- conforme al art. 17 nº 1 Cc. son españoles de origen: apartado a) los nacidos de padre y madre española y apartado c) los nacidos en España de padres extranjeros .. , en su redacción actual y si atendemos a la redacción vigente a la fecha del actor del Cc., en unos documentos lo es el día 1 de enero de 1971 (NIE y certificado de empadronamiento pasaporte marroquí (doc. nº 4 y 5 demanda) y en otros el día 10 de mayo de 1970 (doc. nº 7 Libro de familia, f.41, es necesario que: - su padre o su madre fueran españoles y ello no es así, pues ambos nacieron, y ello no es un hecho controvertido, en el Sahara Occidental, sin que se haya dado transcendencia por la doctrina antes citada del Tribunal Supremo, Sala Primera, a la tenencia por los mismos de documentos expedidos por la autoridad española en el referido territorio (doc. nº 7 demanda), aun cuando tales y otras consideraciones se hayan determinado la existencia en la sentencia del Pleno de un voto particular conjunto de tres de sus Magistrados - o que el actor, el Sr. Leopoldo, al no ser sus padres españoles hubiera nacido en España, pero ello no es así al haber nacido en el Sahara Occidental, en La Ayoune (Aaiún) (doc. nº 5 y 7 demanda). Por otra parte, no hay constancia de que los padres del actor, entonces menor de edad, siendo naturales del Sahara hubieran optado por la nacionalidad española en el plazo de un año, tras la entrada en vigor del Real Decreto 2258/12976 de 10 de agosto, siempre y cuando cumplieran determinados requisitos, lo que corresponde acreditar a quien lo pretende. b.- conforme al art. 18 Cc. ‘La posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, es causa de consolidación de la nacionalidad, aunque se anule el título que la originó’. Pues bien, de lo actuado y de lo hasta ahora concluido resulta que el actor para realizar sus gestiones y acceder a su estancia en España ha hecho uso de su pasaporte marroquí, arrogándose dicha nacionalidad, sin que acredite que su tenencia lo es por razones humanitarias, no estando ante un apátrida, no teniendo título inscrito en el Registro Civil con reconocimiento de la nacionalidad española y si se estimara que tal lo es el auto del Juez Encargado del Registro Civil de Tudela de fecha 5 de junio de 2015 que así se la reconoce con valor de simple presunción no se da lugar a su inscripción si el mismo no es firme, lo cual es obvio que no lo es, pues recurrido por el Ministerio la DGRN en su resolución de 10 de setiembre de 2019 el auto se deja sin efecto, no poseyendo ni utilizando de modo continuado en el plazo legal previsto la nacionalidad española sin tener documentación alguna como español o cualquier otro tipo de prueba. Finalmente, la desestimación de la demanda, en modo alguno, determina vulneración del art. 11 CE pues el actor no ha sido titular de la nacionalidad española, ni puede considerarse que con él respecto de otros saharauis a quienes se dice se ha concedido la nacionalidad, se le dé un trato discriminatorio vulnerador del principio de igualdad del art. 14 CE, pues la respuesta judicial depende de los supuestos fácticos en cada caso, y, además, la Sala, como ya ha considerado en anteriores sentencias antes citadas, ha aplicado la normativa en la materia y su interpretación jurisprudencial establecida por la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala Primera de 29 de mayo de 2020, ratificada en posteriores resoluciones (...). Lo expuesto en los fundamentos de derecho precedentes conlleva la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la resolución recurrida, pese a lo cual se considera no procedente la imposición de costas en esta alzada, debiendo cada parte soportar las suyas y las comunes, si las hubiere, por iguales partes (art. 398 nº LEC), dadas las dudas de Derecho que suscitaba la cuestión litigiosa hasta la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala Primera de 29 de mayo de 2020 dictada con posterioridad a la de instancia objeto del recurso de apelación de 3 de febrero de 2020 y de la interposición del recurso de apelación el día 4 de marzo de 2020”.

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 681/2021, de 7 de octubre de 2021.

³² Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Tercera, núm. 168/2017, de 26 de mayo de 2017.

art. 17.1.º.c) Cc incluye al Sahara Occidental “una vez acreditado que la demandante nació allí en el año 1973”; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de septiembre de 2018³³, en la que se estima un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia dictada por el Juzgado de Primera desestimatoria de una solicitud de la nacionalidad española con valor de simple presunción, revocando dicha resolución. Siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo la Audiencia considera que “no cabe duda, con referencia a la ‘nacionalidad’ de los saharauis durante el plazo de la tutela de nuestro Estado sobre el territorio del Sahara Occidental, es que ésta fue la española (de ‘españoles indígenas’, habla alguna disposición), pues resulta evidente, conforme a las reglas generales del Derecho de la nacionalidad, que ‘los naturales del territorio colonial carecen de una nacionalidad distinta de los del Estado colonizador, dado que no poseen una organización estatal propia.’”

23. Finalmente, es de reseñar, en esta misma línea que, en fecha reciente, el Tribunal Supremo ha vuelto a reiterar que no son nacidos en España quienes nacieron en un territorio como el Sáhara occidental, durante la etapa en que fue colonia española³⁴.

³³ *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoctava, núm. 322/2018, de 20 de septiembre de 2018. En relación con el caso objeto de recurso la Audiencia sostiene que cabe: “reputar acreditado por la actora que nació en el Sahara el ... de 1974, en tiempo en el que dicho territorio estaba bajo administración española, concretamente en El Aaiún, de padre nacido en la localidad del Sahara Occidental de Tan Tan en 1935 y de madre nacida en El Aaiún el ... de 1956, y con domicilio ambos padres en el momento del nacimiento de la recurrente en El Aaiún, según resulta del certificado de nacimiento del Juzgado Cheránico de El Aaiún de la promotora (...), en el que se hace referencia a los datos de los padres, de la inscripción del nacimiento de la madre en dicho Juzgado Cheránico (...), y del certificado de familia del abuelo materno de fecha 12 mayo 1972 según consta en el Registro Civil de Aaiún y del que resulta que su madre nació en 1956, hija de Estanislao y de María Luisa, en El Aaiún (...); ha de afirmarse a los efectos examinados la condición de española de origen de la demandante aunque actualmente ostente la nacionalidad marroquí, de acuerdo con lo establecido en el art 17.1.º Cc.

³⁴ *Vid.* Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, Sección Primera, de 11 de mayo de 2022 inadmite el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuesto contra la sentencia n.º 216/2019, de 6 de mayo de 2019 de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5.ª, en el rollo de apelación n.º 223/2018, que dimana del juicio ordinario n.º 450/2017, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Las Palmas de Gran Canaria que denegó una acción en la que pretendía el reconocimiento de la nacionalidad española con valor de simple presunción ante el Registro civil. De acuerdo con la presente decisión: “(...) El recurso de casación tiene un único motivo, la infracción del art. 17 del Código civil, en lo relativo a los modos de adquisición de la nacionalidad española de origen, se interpone por el cauce del interés casacional, en el que cita, además de distintas sentencias de Audiencias Provinciales, varias sentencias de la sala tercera de este Tribunal y afirma que, sobre la consideración de si el Sahara puede reputarse territorio español, no hay jurisprudencia del Tribunal Supremo y refiere la sentencia n.º 1026/1998, de 28 de octubre. El recurso de casación no puede admitirse al incurrir falta sobrevenida de interés casacional (art. 483.2 3.º LEC) en cuanto que entre la interposición del recurso y esta resolución la sala se ha pronunciado sobre este asunto en la sentencia de Pleno n.º 207/2020, de 29 de mayo, seguida, entre otras, por las sentencias n.º 444/2020, de 14 de julio y n.º 681/2021, de 7 de octubre. Así la sentencia de Pleno determina: “[...] La estimación del recurso se funda en que el Sahara Occidental no formaba parte de España a los efectos de dicha norma, y las razones de esta interpretación son las siguientes: 1.ª) Es cierto que algunas consideraciones de la sentencia de esta sala 1026/1998, de 28 de octubre, especialmente las relativas a la “provincialización” del Sáhara, parecen apoyar la tesis de la demandante, y lo mismo sucede con la sentencia de esta sala de 22 de febrero de 1977 en cuanto consideró que El Aaiún era España en el año 1972, pero la primera no versa sobre la nacionalidad de origen, sino sobre la posesión de estado de nacional español y su utilización continuada durante al menos diez años (art. 18 CC), y la segunda trató del inicio del plazo de caducidad de la acción de impugnación de la filiación conforme al párrafo segundo del art. 113 CC en su redacción originaria. 2.ª) En cambio, la sentencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1999, aun siendo cierto que tampoco trata del art. 17 CC sino de su art. 22, distingue entre territorio español y territorio nacional para concluir, aunque la demandante invoque esta sentencia a su favor transcribiendo incluso un pasaje que más bien le perjudica, que “Guinea, Ifni y Sáhara eran territorios españoles que no formaban parte del territorio nacional”, de modo que su “provincialización” habría constituido “un perfeccionamiento del Régimen colonial”. 3.ª) A la anterior distinción cabría ciertamente oponer que dentro del propio art. 17 CC, como se argumenta en la sentencia de primera instancia, la expresión “territorio español” aparece como equivalente a “España”. 4.ª) Existiendo, pues, argumentos normativos y jurisprudenciales a favor de una u otra tesis, lo mismo que respetables opiniones doctrinales en uno u otro sentido, el camino más seguro para llegar a la interpretación más correcta es, como propone el Ministerio Fiscal, atenerse a la normativa española más específica sobre la materia, constituida por la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Sahara, y el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara. Mediante el artículo único de dicha ley se autorizaba al gobierno “para que realice los actos y adopte las medidas que sean precisas para llevar a cabo la descolonización del territorio no autónomo del Sahara, salvaguardando los intereses españoles”, al tiempo que su disposición final y derogatoria acordaba que la ley entrara en vigor el mismo día de su publicación en el B.O.E. (20 de noviembre de 1975), “quedando derogadas las normas dictadas por la administración del Sahara en cuanto lo exija la finalidad de la presente Ley”, y su preámbulo, tras constatar que el territorio no autónomo del Sáhara había estado sometido en

ciertos aspectos de su administración a un régimen peculiar con analogías al provincial, declaraba rotundamente que el Sáhara “nunca ha formado parte del territorio nacional”. El RD 2258/1976, por su parte, arbitraba el sistema para que los naturales del Sahara que cumplieran determinados requisitos pudieran optar por la nacionalidad española en el plazo máximo de un año. 5.^a) En consecuencia, cualquiera que sea la opinión que merezca esa normativa específica y cualquiera que sea la opinión sobre la actuación de España como potencia colonizadora a lo largo de toda su presencia en el Sahara Occidental, lo indiscutible es que se reconoce la condición colonial del Sahara -algo por demás difícilmente cuestionable incluso durante la etapa de “provincia-lización”- y que, por tanto, el Sahara no puede ser considerado España a los efectos de la nacionalidad de origen contemplada en el art. 17.1.c) CC. En otras palabras, no son nacidos en España quienes nacieron en un territorio durante la etapa en que fue colonia española. 6. ^a) La anterior interpretación, además, es armónica con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo que a partir de las sentencias de 20 de noviembre de 2007 y 18 de julio de 2008 viene reconociendo el estado de apá-tridas a las personas nacidas en el Sahara Occidental antes de su descolonización y cuyas circunstancias son similares a las de la demandante del presente litigio [...]”. La improcedencia del recurso de casación determina igualmente que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, ya que, mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a que se admita el recurso de casación frente a la sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la Disposición final 16. ^a, apartado 1, párrafo primero y regla 5. ^a, de la LEC.”

Neurorights between ethical and legal implications

Neuroderechos entre implicaciones éticas y legales

FABIO RATTO TRABUCCO
Adjunct Professor in Public Law
University of Padua

Recibido:04.09.2022 / Aceptado: 17.11.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7561

Abstract: Advances in neuroimaging and brain-machine interfacing (BMI) increasingly enable the large-scale collection and further processing of neural data as well as the modulation of neural processes. In parallel, progresses in artificial intelligence (AI), especially in machine learning, create new possibilities for decoding and analysing neural data for various purposes including health monitoring, screening for disease, cognitive enhancement, and device control. This contribution discusses some major ethical, technical, and regulatory issues associated with neural data analytics and delineates a roadmap for responsible innovation in this sector. Moreover, this paper review a variety of themes including mind reading, mental privacy, cybersecurity in commercial BMI, and issues of neurotechnology governance. Finally, a framework for responsible innovation and governance is presented.

Keywords: Neurorights, neurotechnology, rule of law.

Resumen: Los avances en neuroimagen e interfaz cerebro-máquina (BMI) permiten cada vez más la recopilación a gran escala y el procesamiento posterior de datos neuronales, así como la modulación de procesos neuronales. Paralelamente, los avances en inteligencia artificial (IA), especialmente en el aprendizaje automático, crean nuevas posibilidades para decodificar y analizar datos neuronales para diversos fines, incluidos el control de la salud, la detección de enfermedades, la mejora cognitiva y el control de dispositivos. Esta contribución analiza algunos de los principales problemas éticos, técnicos y regulatorios asociados con el análisis de datos neuronales y delinea una hoja de ruta para la innovación responsable en este sector. Además, este documento revisa una variedad de temas que incluyen la lectura de la mente, la privacidad mental, la ciberseguridad en el BMI comercial y los problemas de gobierno de la neurotecnología. Finalmente, se presenta un marco para la innovación y la gobernanza responsables.

Keywords: Neuroderechos, neurotecnología, estado de derecho.

Summary: I. Introduction. – II. Ethical implications. – III. Legal implications: from neurotechnology to neurorights? – IV. Regulatory uncertainty. – V. A roadmap for responsible neuroengineering.

I. Introduction

1. Advances in neurotechnology are fundamental to enhance our understanding of human brain and to improve the provision of neurorehabilitation and mental health services at global level. We are now entering a new development phase of neurotechnology characterized by greater and more systematic public funding on the one hand (e.g., the *BRAIN Initiative* in the US, the *Human Brain Project* funded by the EU and the *China Brain Project* initiated by the People's Republic of China), and diversified investments in the private sector, on the other (a couple of examples among many include neuro-focused

companies such as *Kernel*, *Emotiv* and *Neuralink*). Another key element is the increasing availability of neurodevices beyond the clinical field. In the meantime, advances in the interaction between neuroscience and artificial intelligence (AI) are rapidly improving computational resources for neurodevices in both terms of data acquisition/analysis and output. While neurotechnology is becoming more and more socially pervasive and computationally powerful, several experts stressed the need for proper ethical groundwork and for a roadmap for both scientists and politicians¹.

II. Ethical implications

2. Within the broader neurotechnological spectrum, Brain-machine Interfacing (abbreviated as BMI) is of particular relevance from a social, legal and ethical point of view since its ability to establish a direct connection between human neural processes and artificial computation was described by sectorial experts as “qualitatively different”². Therefore, BMI raises unprecedented ethical issues³. In parallel, the increasing use of big data models and advanced analytical techniques based on machine learning (ML) are boosting the epistemic power of existing neuroimaging procedures. Simultaneously, new scenarios of ethic-regulatory complexity open up.

3. In this regard, privacy plays a crucial role. Brain recordings allow to gather great amounts of information, for example by means of electroencephalography (EEG) or functional magnetic resonance imaging (fMRI). Such recordings may contain highly private information in encoded form on individuals from whom it is derived, including predictive features of their health status and their mental states. According to such informative potential, brain recording technologies have been frequently categorized as brain reading techniques⁴, drawing a parallel between the possibility to decode information and mental states from neural data and functional interpretation of a written text by reading it. For example, several studies from the beginning of the third millennium have proved that it is possible to decode mental contents such as hidden intentions⁵, hidden information⁶, natural images⁷, visual experiences⁸ and the unconscious generation of free decisions⁹ on the basis of individual neural data (previously collected by means of EEG, fMRI or other techniques). Some of these studies enjoyed a high degree of epistemological solidity so that they could be used to build predictive models. For instance, within two of the above-mentioned researches, it was used the fMRI technology to predict both stream of consciousness and decisions taken by examined subjects regarding motor preparation and, surprisingly, even abstract intentions. These studies raised reasonable clamour in the scientific community, being conscience, intentionality and free choice essential elements making up the so-called faculty of “free will”, as it is traditionally intended from a theological-philosophical point of view.

¹ See, among the various bibliographical references: R. YUSTE, S. GOERING, G. BI, J.M. CARMENA, A. CARTER, J.J. FINS, P. FRIESEN, J. GALLANT, J.E. HUGGINS, J. ILLES (2017), “Four ethical priorities for neurotechnologies and AI”, *Nature News*, n° 551, 2017, p. 159; J. CLAUSEN, E. FETZ, J. DONOGHUE, J. USHIBA, U. SPÖRHASE, J. CHANDLER, N. BIRBAUMER, S.R. SOEKADAR, “Help, hope, and hype: Ethical dimensions of neuroprosthetics”, *Science*, n° 356, 2017, pp. 1338-1339; M. IENCA, “Neuroprivacy, neurosecurity and brain-hacking: Emerging issues in neural engineering”, *Bioethica Forum*, 2015, pp. 51-53.

² See R. YUSTE, *et al.*, cit., p. 159.

³ See J. CLAUSEN, *et al.*, cit.

⁴ See J.D. HAYNES, “Brain reading: decoding mental states from brain activity in humans”, *The Oxford Handbook of Neuroethics*, 2011, pp. 3-13.

⁵ See J.D. HAYNES, K. SAKAI, G. REES, S. GILBERT, C. FRITH, R.E. PASSINGHAM, “Reading hidden intentions in the human brain”, *Current Biology*, 2007, vol. 17, n. 4, pp. 323-328.

⁶ See M. BLES, J.D. HAYNES, “Detecting concealed information using brain-imaging technology”, *Neurocase*, 2008, 14, 1, pp. 82-92.

⁷ See K.N. KAY, T. NASELARIS, Y. BENJAMINI, B. YU, J.L. GALLANT (2011), “Identifying natural images from human brain activity”, *Nature*, n° 452, 7185, p. 352.

⁸ See S. NISHIMOTO, A.T. VU, T. NASELARIS, Y. BENJAMINI, B. YU, J.L. GALLANT, “Reconstructing visual experiences from brain activity evoked by natural movies”, *Current Biology*, 2011, vol. 21, n° 19, pp. 1641-1646.

⁹ See S. BODE, A.H. HE, C.S. SOON, R. TRAMPEL, R. TURNER, J.D. HAYNES (2011), “Tracking the unconscious generation of free decisions using ultra-high field fMRI”, *PLoS one*, 2011, vol. 6, n° 6, pp. 1-13.

4. Although the debate on decoding possibilities of both neural correlates of mental information and actual mental contents is still open¹⁰, it is undeniable that quality and quantity of information gathered from neural recordings have been improving progressively and rapidly in the last years. This improvement process was affected not only by the upgrade at hardware level of existing machinery, but also, and most importantly, by upgrading analysis techniques. In this regard, artificial intelligence has played and keeps playing a key role. It is expected that decoding mental information will be increasingly easier in the nearest future thanks to coordinated progress in the fields of sensor technology, spatial resolution of acquired brain recordings and, lastly, machine learning techniques for pattern recognition and feature extraction¹¹.

5. There are three main privacy threats related to BMI: accidental disclosure of sensitive information, unauthorized access to collected data by third parties and data theft¹². Such threats, as is well known, are common to other types of data as well, especially when it comes to data available within the digital ecosystem. However, it may be argued that privacy issues related to BMI are characterized by a greater level of complexity and ethical sensibility compared to other privacy threats conventionally associated to other digital technologies. This is because of the intimate connection between neural recordings, on the one hand, and mental states and predictive behaviour modelling, on the other. Indeed, neural recordings, unlike other electrophysiological measurements, allow to get a more direct and potentially detailed codification of the content of one's mental states, including private ones (i.e., not conveyed through verbal language, written text or observable behaviour). Such complexity reflects also at legal level; as a matter of fact, both privacy of personal information and mental states are legally relevant when defining legal entity and related responsibilities. Particularly, it should be provided a specific ethic and legal evaluation of the neural domain. In this respect, a valid proposal consists in establishing the right to "mental privacy"¹³, intended as information domain of the human mind, prior to any possible form of externalisation by means of language, writing or observable behaviour.

6. The increasing use of machine learning techniques and, more generally, of artificial intelligence for the purpose of optimising the functioning of BMI also entails implications related to the notions of action and accountability. For example, Haselager suggested that, when control over BMI partially depends on an intelligent algorithmic component, it may be difficult to discern whether a certain behavioural output is in fact the result of an action performed by the user or not¹⁴. Thus, cognitive processes performed with the interference of BMIs open up to the so-called uncertainty principle, concerning first conceptualisation of an action (or intention), then its execution. This results in uncertainty in attributing accountability to the action's performer. Therefore, the uncertainty principle might challenge the concept of individual accountability, with obvious penal and insurance-related repercussions. Moreover, this could bring to the performer a sense of estrangement, whose ethical relevance is even greater in the case of vulnerable individuals such as neurological patients. By way of example, let us imagine a patient suffering from tetraplegia who makes use of a greatly enhanced BMI by means of intelligent components for information extraction, decoding and classification: how could it be determined which aspects of the patient's behaviour are attributable to the volition of the patient him or herself and which, instead, to the AI? Such a question becomes particularly controversial, as already mentioned, in circumstances in which accountability has legal relevance. Additionally, it is possible that BMI's intelligent components might influence subjective experience, i.e., the user's personal identity. Recently, this hypothesis preli-

¹⁰ On this topic see the comprehensive analysis conducted by G. MECACCI, P. HASELAGER, "Identifying criteria for the evaluation of the implications of brain reading for Mental Privacy", *Science and engineering ethics*, 2017, n° 15, pp. 1-9.

¹¹ Among various scholars, such prediction was made by J. CLAUSEN, *et al.*, cit.

¹² For a detailed analysis see M. IENCA, P. HASELAGER, "Hacking the brain: brain-computer interfacing technology and the ethics of neurosecurity", *Ethics and Information Technology*, 2016, vol. 18, n° 2, pp. 117-129.

¹³ See M. IENCA, R. ANDORNO, "Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology", *Life Sciences, Society and Policy*, 2017, vol. 13, n° 1, p. 5.

¹⁴ See P. HASELAGER, "Did I do that? Brain-computer interfacing and the sense humans", *Minds and Machines*, 2013, vol. 23, n° 3, pp. 405-418.

minarily found empirical confirmation through a qualitative study concerning subjective experience of BMI patients-users¹⁵. However, it should be noted that AI may inhibit some individual aspects of personal identity, whereas BMI optimised through AI may, overall, significantly enhance users' performativity in a given environment. This specifically applies to patients with severe motor impairment. Therefore, it is difficult to determine in absolute terms whether intelligent BMIs can enhance users' performativity or not. Contrarily, it is necessary to pursue a case-by-case approach in order to determine, each time, under which circumstances, in which span of time and in relation to which cognitive-behavioural domains any variation (positive or negative) can be detected. While implementing this approach, it is important to gather both quantitative-objective evidence (e.g., mathematical measurements or behavioural observations) as well as qualitative-subjective data. The latter covers, in addition, data deriving from users' self-assessment, which is fundamental to have access to users' phenomenological dimension¹⁶.

7. In parallel with BMI's increasing non-clinic use, another ethical challenge to face will soon be the so-called neuroenhancement. Clinic use of BMI aims at restoring motor or cognitive functions in patients with physical or cognitive disability, such as stroke survivors. In the near future, neuroenhancement could, instead, enhance performativity in healthy users. A debate on which types of enhancement should be allowed and under which circumstances shall be urgently placed on the agenda. Even nowadays, there are plenty of private companies that have already put on the market non-invasive BMIs designed for healthy users for such purposes as self-quantification, cognitive training, neurogaming (i.e., videogaming by means of brain control for recreational or competitive purposes) and polysomnography. Several companies, such as *Emotiv*, based in San Francisco (California), publicly claim (though without solid scientific evidence) that they are capable of enhancing "mental well-being" and "focus" of cognitively healthy users¹⁷, i.e., applying forms of neuroenhancement. It is also worth saying that actual BMI designed for motor control already allows users not only to enhance pre-existing abilities, but also to acquire new ones: first of all, telepathic control of robotic devices such as drones and other semi-autonomous vehicles – a very attractive ability in the transport and military industry¹⁸. In the near future, both the spread of similar (and new) technologies and the scientific corroboration of their operating mechanisms will make it impossible to avoid the ethical issue deriving from the application of neuroenhancement techniques.

III. Legal implications: from neurotechnology to neurorights?

8. Ethical challenges set by BMI and other neurotechnologies force us to face a fundamental issue of ethical, social and legal nature: to determine whether and under which circumstances it is legitimate to access or interfere with one's neural activity¹⁹. An answer to this question should be provided from different levels of jurisdiction, including research ethics, technology governance, civil and criminal law. Moreover, the problem at issue should be also discussed in terms of fundamental human rights²⁰. The motivation is threefold: first, scientists explain neural activity as the critical substrate of personal identity, thus as the critical substrate of both moral and legal accountability too. It then follows logically that decoding and manipulating neural activity by means of neurotechnology may have unprecedented repercussions on users' personal identity and may provide them with a sort of "blurring effect", or even produce a real threat in terms of uncertainty when it comes to determine moral and legal accountabi-

¹⁵ See F. GILBERT, M. COOK, T. O'BRIEN, J. ILLES, "Embodiment and estrangement: results from a first-in-human 'intelligent BCI' trial", *Science and Engineering Ethics*, 2017, <https://doi.org/10.1007/s11948-017-0001-5>.

¹⁶ See A. FERRETTI, M. IENCA, "Enhanced cognition, enhanced self? On neuroenhancement and subjectivity", *JOURNAL OF COGNITIVE ENHANCEMENT*, 2018, 2, 4, pp. 348-355.

¹⁷ See <https://www.emotiv.com/>.

¹⁸ See M. IENCA, F. JOTTERAND, B.S. ELGER, "From healthcare to warfare and reverse: How should we regulate dual-use neurotechnology?", *Neuron*, 2018, vol. 97, n° 2, pp. 269-274.

¹⁹ See M. IENCA, "The right to cognitive liberty", *Scientific American*, 2017, vol. 317, n° 2, p. 10.

²⁰ See M. IENCA, R. ANDORNO, cit.

lity. Secondly, brain activity can be ascertained by every human being irrespective of gender, country, ethnicity and religious or political beliefs. Lastly, neural data not only codify electrophysiological information, but also provide, as already highlighted, evidence of mental activity. Mental domain, according to a well-established tradition that goes from Homer, via John Milton, to George Orwell, is considered the private domain par excellence, a sort of unattainable territory of private information, and, as such, it should be protected from “erosion”, i.e., from the widespread intrusion of data society.

9. Nowadays, we are in the middle of an extraordinary historical transition. Data society and data economy are rapidly absorbing information domains that had always been private. These days, private houses equipped with microphones and television cameras recording our movements and conversations are nothing out of the ordinary. Public areas are almost entirely under video surveillance. Every website that we visit keeps track of our personal information on the client side and stores it in the long term by means of cookies HTTP. Every single online behaviour, every single entry on any online search engine, every online transaction by means of credit card - they are all processable information about us. The films we watch, the music we listen to, the things we purchase, the news we read - none of that belongs anymore to the private domain. The next decade will be essential for this unprecedented transition we are currently experiencing. Our generation will be remembered either as the one that has completed the process of private information’s “erosion”, by allowing data economy to have free access to the mental domain or, contrarily, as that one generation that fought on the barricades of human mind, preserving mental domain as the ultimate refuge of private information.

10. Facing the challenge of human rights in relation to neurotechnology seems to be more important than ever. A recent comparative study has suggested that actual protection and safeguarding measures may be inadequate – or at least not agile enough – to face properly the specific set of challenges raised by recent advances in BMI and neurotechnology in general²¹. As an example of regulatory uncertainty in this respect, it could be mentioned the so-called right to mental integrity, protected by the Charter of Fundamental Rights of the European Union (Art. 3), stating that “everyone has the right to respect for his or her physical and mental integrity”. The right to mental integrity, mentioned together with the right to physical integrity, bases on three requisites: free and informed consent, non-commercialisation of human materials (e.g., human organs) and prohibition of eugenic and human reproductive cloning practices. Nevertheless, there is no explicit mention of practices related to the improper use of neurotechnology. For example, no mention is made of potential infringements to the right to mental integrity deriving from the hacking of BMI and/or neurostimulation devices such as deep brain stimulation (DBS). In this regard, it has been experimentally proved that such neurotechnologies could be hacked by malicious actors in order to hijack data and take control of the neurodevices. This attack mode could produce negative consequences for targeted victims, such as: unauthorised extraction of mental information, taking away from the victims conscious control of their robotic limbs, and even serious physical and psychological damages deriving from the intentional intensity increase of the neurostimulation.

11. This lack of mention can be explained considering that the European Charter was adopted in 2000; at that time, the debate on ethical and legal implications of neuroscience was still in the early stage. Though, potential applications of nowadays’ neurotechnology open up to a set of intrusive practices that work in a comparable way to how genetics and other biomedical practices may influence personal integrity. For this reason, the legal framework should keep pace with neurotechnological advances, by extending protection of personal integrity also to people directly affected by new technologies.

12. On the basis of these comparative reflections, it comes naturally to wonder whether there is a real regulatory need in terms of creating an interpretative apparatus of human rights that would take into account new possibilities and threats generated by neurotechnologies. Another question might be whether it is rather necessary to create a new specific category of human rights for the neural domain,

²¹ *Ib.*

called “neurorights”. In this respect, a fair proposal was put forward by Ienca & Andorno by outlining four main neurorights²².

13. The first neuroright is the right to “mental privacy”, which is supposed to protect BMI users (and, potentially, also participants in neuroimaging procedures carried out in extra-clinical contexts, such as neuromarketing operations) from those three threats to personal privacy mentioned above. According to its positive connotation, the right to mental privacy should safeguard the distinction between neural information and unconscious access to it, especially in the case of information acquired from below the threshold of conscious perception. It has been already argued that some people may be more exposed to infringements of mental privacy, compared to other information privacy domains, due to their limited degree of control over brain inputs²³. Indeed, it is well known that several recording technologies of brain activity, such as EEG and fMRI, take place below the threshold of brain conscious control. Therefore, patients do not have power of choice as regards letting access to given brain inputs, keeping whereas privacy over other inputs that should remain private.

14. The second neuroright is the right to psychological continuity, which could help in the integration process of AI and BMI, preserving personal identity – here understood as continuity of one’s mental life – from unconscious manipulation. BMI users should preserve the right to have control over their own behaviour, without feelings of “loss of control” or even “personal identity damage”²⁴. At the same time, the right to psychological continuity should also protect from unauthorised interference from third parties in BMI users’ neural activity. For instance, users (already protected by the right to mental integrity) could be shield from unauthorised neuromodulation, even if it would not produce injuries nor traumas. The risk here would be to affect significantly users’ psychological realm (for example, influencing their political and/or religious beliefs, emotional states and memories) without explicit consent. The neuroright at issue could then play a key role in national security and military research, being both fields in which neuroprocedures (such as neurostimulation techniques) are currently being tested for the modulation of given personality traits and other strategic purposes, like increasing soldiers’ and other military personnel’s work motivation and determination even under stress or in the absence of sufficient amount of sleep²⁵. Such neuromodulation techniques are often applied by means of hybrid devices that can first detect signs of decrease of attention thanks to an EEG, then adjust it by stimulation.

15. The third neuroright is the right to mental integrity, as defined by Ienca & Andorno²⁶, which, instead, might help in cases of unconscious manipulation of neural activity and physical or psychological damages derived from it. As previously pointed out, this right is already recognized by international law (Art. 3, Charter of Fundamental Rights of the European Union), yet it is described as a merely general right, ensuring access to mental health services and prevention programs from eugenic practices. No mention is made of proper or improper use of neurotechnologies. Therefore, such right should be re-conceptualized in order not only to protect from mental disease, but also to circumscribe the domain of legitimate manipulation of neural processing.

16. The fourth and last neuroright is the right to cognitive liberty. This right was theorised in order to protect the fundamental freedom of human beings to take free and informed decisions concerning the use of BMI and other neurotechnologies, including neuromodulation techniques²⁷. On the basis of this right, competent adults should be free to use BMI or neuroenhancement techniques for clinical purposes as long as they do not infringe on the rights of others. In parallel, users should also have the right

²² *Ib.*

²³ *Ib.*

²⁴ See F. GILBERT, M. COOK, T. O’BRIEN, J. ILLES, cit.

²⁵ See M.N. TENNISON, J.D. MORENO, “Neuroscience, ethics, and national security: The state of the art”, *PLoS Biol.*, 2012, vol. 10, n° 3, e1001289.

²⁶ See M. IENCA, R. ANDORNO, cit.

²⁷ *Ib.*

to refuse coercive requests for neural procedures, including implicitly coercive ones²⁸. Additionally, the right to cognitive liberty could also facilitate, from a regulatory point of view, the introduction and the use of neurotechnology procedures on healthy individuals in extra-clinical contexts. By doing so, access to BMI would be allowed by default to adult individuals in full possession of their faculties, yet prohibiting coercive use by third parties (such as employers that would like to boost the work performance of their employees or insurance companies that would likely acquire neural information on their clients). That being said, it should be also necessary to keep in mind that there are some grey zones in between, such as in the case of people with neurocognitive disorders and adolescents, that should remain open to discussion. For the above-mentioned categories of users, the exercise of cognitive liberty should be determined case-by-case, evaluating the mental abilities of each individual.

IV. Regulatory uncertainty

17. The proposal to set up specific neurorights has been recently approved by experts of risk analysis²⁹ as well as by neuroscientists and neurotechnology researchers³⁰. This proposal was also included in «A Proposal for a “Universal Declaration on Neuroscience and Human Rights”»³¹, brought to the attention of the UNESCO Chair in Bioethics.

18. Nevertheless, a lot of issues still need to be tackled. First of all, there is the open question whether neurorights should be considered as new legal regulations or rather as evolutive interpretations of pre-existing human rights. Similarly, it is not entirely clear which entity should be the beneficiary of the rights under discussion: the brain itself, as recently put forward³², or the individual as a whole? A final issue concerns grey zones within current legal and ethical dispositions, which should be investigated more carefully. For example, while it is well established that the right to cognitive liberty should protect freedom of choice of aware adults, it is questionable whether parents should have the right to give permission for the implementation of neuroenhancement practices on their children or whether family representatives should have the right to refuse neurotreatments with clinical benefits on behalf of a patient with cognitive impairment. Thus, it is required to face all these moral dilemmas in an open, public debate, involving not only scientists and ethicists, but also common citizens.

19. Besides, legal and ethical considerations should base on proven scientific evidence and realistic predictions, avoiding anti-technology narrative strategies driven by the fear that a transparent discussion on the issue might delay scientific innovation and cancel BMI-associated benefits for people who really need them.

20. It should be noted that the expansion of the present legal framework concerning human rights, aimed at responding adaptively to challenges set by neurotechnology and AI, is no *unicum* nor *primum* in the history of law. Experts in this field have been already called, and not just once, to undertake similar challenges in response to biomedical and biotechnological advances. An example of this comes from genetic technology. Since the late 1990s, the international community has made significant efforts in order to face a large variety of issues deriving from the increasing access to human genetic data. In 1997, the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights (UDHGHR) was adopted in order to prevent from gathering and improper use of genetic data in a manner which is incompatible with the respect of human rights as well as in order to protect human genome from improper

²⁸ See S.E. HYMAN (2011), “Cognitive enhancement: promises and perils”, *Neuron*, 2011, vol. 69, n° 4, pp. 595-598.

²⁹ See J. CASCIO, “Do brains need rights?”, *New Scientist*, 2017, 234, 3130, 24-25.

³⁰ See R. YUSTE, S. GOERING, G. BI, J.M. CARMENA, A. CARTER, J.J. FINS, P. FRIESEN, J. GALLANT, J.E. HUGGINS, J. ILLES, “Four ethical priorities for neurotechnologies and AI”, *Nature News*, 2017, vol. 551, n° 7679, p. 159.

³¹ See F. PIZZETTI, “A proposal for a ‘Universal Declaration on Neuroscience and Human Rights’”, *Bioethical Voices (Newsletter of the UNESCO Chair of Bioethics)*, 2017, vol. 6, n° 10, pp. 3-6.

³² See J. CASCIO, cit.

manipulations that could damage future generations. In 2003, the main principles outlined in the Declaration were further developed in the International Declaration on Human Genetic Data (IDHGD). The latter contains more specific rules concerning the collection of biological samples and genetic data. It is interesting to note that brand new rights arose from the interaction between genetics and human rights, such as the “right not to know about one’s genetic information”, formally recognized by the UDHGHR (Art. 5 (c)) and by the IDHGD (Art. 10) as well as by other national and international regulations. In parallel with the recognition of new rights, the “old” ones – such as the right to privacy and the right to discrimination – were specifically adjusted to new challenges set by human genetics advances. The close connection between life sciences and human rights was further enhanced in 2005 with the publication of the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, in which both disciplines are tackled comprehensively, including also biomedical guidelines.

V. A roadmap for responsible neuroengineering

21. When discussing sensitive issues related to neurotechnology, it is fundamental to come up with both reactive and proactive considerations. Indeed, ethicists are called not only to merely react to ethical conflicts raised by new neurotechnological devices, but also to cooperate with neuroscientists, neuroengineers, computer scientists and medicine experts in order to anticipate future challenges and to promptly develop proactive solutions. Recently, it has been offered a new ethical approach in the neuroengineering field³³ that could be applied also to neurotechnology and biorobotics.

22. Furthermore, measured political responses should be discussed in order to guarantee the respect of the principles of equity and equality. BMI and other neurotechnologies should be, indeed, equally distributed without exacerbating social-economic disparities. To this end, a double-faced regulatory approach could be applied in a balanced way. On the one hand, access to BMI’s healthcare services should be made available as widely as possible. Similarly, open development initiatives such as hackathon, open-source platforms (e.g., Open BCI) and data sharing initiatives led by the citizens should be encouraged. On the other hand, the increasing involvement of private companies in the development of BMI for profit purposes should foster debate on democratic responsibility related to technological advance in the private sector. In a not-too-distant future in which BMI would probably be extensively widespread, an increased need for trust will be surely reported – trust related to both acquisition and exchange of individual neural data. It is essential to maintain a high degree of trust in this respect not only for the technological advance in the neurotechnological field, but also for the development of new devices, capable of improving people’s life. Failing in this attempt (for example, with a flawed data management affair similar to the one that involved Facebook and Cambridge Analytica), could produce deleterious consequences in the whole field of neurotechnological research. Hence the necessity of clear guidelines for collecting and using neural data, better infrastructures for the protection of neural data, greater public awareness and, as already discussed, greater development and implementation of neuro-rights. As recently stated³⁴, the development of technologies that could decipher the functioning of the human brain and, consequently, mitigate the negative impact of neurological disorders on affected patients, is one of the biggest challenges of our times in the scientific community. Similarly, the challenge that bioethics and law are currently facing in this regard consists in ensuring that technological advance takes place in an ethically responsible and socially friendly way.

³³ See M. IENCA, R. ANDORNO, cit.

³⁴ See M. IENCA, P. HASELAGER, E.J. EMANUEL, “Brain leaks and consumer neurotechnology”, *Nature Biotechnology*, 2018, n° 36, pp. 805-810.

La ratificación de España del Protocolo de Luxemburgo al convenio de Ciudad del Cabo: la entrada en vigor del régimen jurídico internacional para la financiación de material rodante ferroviario*

Spanish ratification of the Luxembourg Protocol to the Cape Town convention: the entering into force of the international legal rules for railway rolling stock finance

TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL

Profesora Titular de Derecho Mercantil

Universidad Carlos III de Madrid

Member of the Rail Working Group, Luxembourg Protocol, UNIDROIT

ORCID ID: 0000-0001-8211-1801

Recibido:13.01.2023 / Aceptado:24.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7562

Resumen: El depósito del instrumento de ratificación de España al Protocolo de Luxemburgo sobre garantías internacionales sobre material rodante ferroviario, segundo protocolo del Convenio de Ciudad del Cabo, pone en marcha el régimen de entrada en vigor de este Protocolo, que se completaría con la plena operatividad del Registro Internacional. La ratificación de España al Protocolo Ferroviario tiene una gran importancia para la expansión del sistema uniforme de Ciudad del Cabo, para fortalecer la posición de España como Estado parte y para la financiación del sector. Este trabajo está dedicado al estudio de la ratificación de España al Protocolo de Luxemburgo, que permite su entrada en vigor, analizando las declaraciones realizadas al Protocolo en el contexto de las disposiciones y soluciones específicas con las que el Protocolo se integra en el sistema general de Ciudad del Cabo para atender las necesidades de financiación de la industria y adecuarse a las características particulares del sector ferroviario.

Palabras clave: Material rodante ferroviario, vagones, financiación, garantías mobiliarias, Convenio de Ciudad del Cabo, Protocolo de Luxemburgo, leasing, Registro Internacional

Abstract: The deposit of the instrument of ratification by Spain to the Luxembourg Protocol on international interests related to railway rolling stock, the second protocol to the Cape Town Convention, put into motion the entering into force of the Protocol once the International Registry will be fully operative. The Spanish ratification is of great importance for the expansion of the Cape Town system, for the position of Spain as a Contracting State, and for the access to credit in the railway sector. This

* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación Innovación tecnológica para la modernización de los sistemas de garantías mobiliarias: registros electrónicos, activos digitales y plataformas (Ref: PID2019-107189GB-I00). IP: T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL. Proyecto financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) Referencia del proyecto/ AEI/10.13039/501100011033. Y durante la estancia de investigación en la University of Cambridge, Faculty of Law, Centre for Corporate and Commercial Law con una de las Ayudas para Estancias de profesores e investigadores senior en centros extranjeros del Ministerio de Universidades, del 1 de septiembre al 31 de diciembre de 2022.

Paper studies the ratification of Spain to the Luxembourg Protocol, enabling it to enter into force, analyzes the declarations made by Spain to the Protocol within the framework of the Cape Town system and considering the equipment-specific provisions.

Keywords: Railway rolling stock, wagons, financing, security interests, Cape Town Convention, Luxembourg Protocol, leasing, International Registry.

Sumario: I. La entrada en vigor del Protocolo de Luxemburgo con la ratificación de España. II. El Protocolo Ferroviario en el contexto del sistema de Ciudad del Cabo: ámbito de aplicación y disposiciones específicas. 1. Ámbito de aplicación y definición de material rodante ferroviario. 2. Algunas disposiciones específicas. 2.1. Acuerdo de garantía e identificación. 2.2. Material rodante ferroviario para servicio público. 2.3. El tratamiento de la garantía en los procedimientos de insolvencia. 3. La oponibilidad de las garantías internacionales sobre material rodante ferroviario: el Registro internacional. III. Las declaraciones realizadas por España al Protocolo Ferroviario. 1. Análisis previo: declaraciones posibles, obligatorias y recomendables. 2. Declaraciones realizadas por España al Protocolo de Luxemburgo. IV. Consideraciones finales.

I. La entrada en vigor del Protocolo de Luxemburgo con la ratificación de España

1. El 10 de noviembre de 2021¹, España firmó (depositó el instrumento de firma) el Protocolo de Luxemburgo sobre cuestiones específicas de los elementos de material rodante ferroviario (en adelante, Protocolo de Luxemburgo o Protocolo Ferroviario), del Convenio relativo a garantías internacional sobre elementos de equipo móvil (en adelante, Convenio de Ciudad del Cabo). Con su firma, se unía a once Estados firmantes, más la Unión Europea, del segundo de los Protocolos del Convenio de Ciudad del Cabo² que, sin embargo, a diferencia del primero de los cuatro Protocolos adoptados hasta la fecha, el Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico (Protocolo Aeronáutico) - adoptado el 16 de noviembre de 2001 y que entró en vigor el 1 de marzo de 2006 - aún no había entrado en vigor. De conformidad con su Artículo XXIII (Protocolo Ferroviario)³, su entrada en vigor se produciría cuando contara con al menos cuatro Estados contratantes⁴. A la fecha de la firma de España, el

¹ Fecha oficial con la que la firma de España ha sido registrada por el Depositario a los efectos que corresponda - <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/rail-protocol/status/>.

² El Convenio fue adoptado en la Conferencia diplomática celebrada en Ciudad del Cabo (Sudáfrica), de la que ha tomado su habitual denominación como Convenio de Ciudad del Cabo, entre los días 29 de octubre y 16 de noviembre de 2001, bajo los auspicios de UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law / Institut International pour l'Unification du Droit Privé*) y de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI/ICAO). El texto oficial del Convenio en español disponible en <https://www.unidroit.org/official-languages-si-conv/spanish-siconv-pdf>.

³ Artículo XXIII (1) Protocolo Ferroviario:

“El presente Protocolo entrará en vigor entre los Estados que han depositado los instrumentos mencionados en el apartado a) el último día de los siguientes:

- (a) el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses posterior a la fecha del depósito del cuarto instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, y
- (b) la fecha del depósito por la Secretaría ante el depositario de un certificado que confirme que el Registro internacional es plenamente operativo.”

⁴ El empleo de los términos “Estado Parte” y “Estado Contratante” en el texto se utiliza de conformidad con el uso y significado que le confieren el Convenio de Ciudad del Cabo y los Protocolos. Este uso difiere del uso internacional de ambos términos. El Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 proporciona las siguientes definiciones:

Artículo 2 – Términos empleados

1. A los efectos del presente Convenio

(f) se entiende por “Estado contratante” un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado, haya o no entrado en vigor el tratado

(g) se entiende por “parte” un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor”

El uso del término “Estado Contratante” en el sistema de Ciudad del Cabo es equivalente a “Estado Parte”. Este uso inverso se discutió por el *Study Group* en sus reuniones durante la elaboración del Protocolo MAC, pero la necesidad de mantener coherente con el Convenio y la conveniencia de alinearse con los Protocolos previos aconsejaron mantener este uso. Así también lo advierte, Karl F. KREUZER, “Jurisdiction and choice of law under the Cape Town Convention and the Protocols thereto”, *Cape Town Convention Journal*, 2:1, 2013, pp. 149-164, en p. 150.

Protocolo de Luxemburgo había sido firmado por once Estados más la Unión Europea como Organización Regional de Integración Económica, mientras que sólo tres Estados, más la Unión Europea, habían depositado sus instrumentos de ratificación.

2. El 5 de diciembre de 2022, concedida por las Cortes Generales la autorización prevista en el Artículo 94.1 de la Constitución Española, se firma por el Rey, con el refrendo del Ministro de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, el instrumento de ratificación de España al Protocolo de Luxemburgo. Con esta ratificación, tras su depósito⁵ ante UNIDROIT como Depositario (Art. XXXIV Protocolo Ferroviario), el Protocolo de Luxemburgo cuenta con los cuatro instrumentos de ratificación, adhesión, aprobación o aceptación que permiten su entrada en vigor (Art. XXIII). España logra así activar el régimen de entrada en vigor del Protocolo, pendiente desde su adopción en 2007.

3. La entrada en vigor no es inmediata, depende de los dos requisitos cumulativos previstos en el Artículo XXIII del Protocolo Ferroviario. Primero, el depósito del cuarto instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Requisito que se cumple con el depósito del instrumento de ratificación de España. Segundo, el depósito por la Secretaría ante el depositario de un certificado que confirme que el Registro internacional es plenamente operativo. De hecho, la dependencia de las reglas sustantivas del Convenio/Protocolo del sistema registral exige una plena coordinación entre la entrada en vigor del Protocolo y la puesta en marcha del Registro correspondiente. Puesto que se han producido importantes cambios en la operación y gestión del Registro Internacional para material ferroviario y están pendientes algunas reformas del Reglamento del Registro que deberán ser aprobadas por la Comisión Preparatoria (*Preparatory Commission*), es muy probable que, transcurridos los tres meses, sean precisos algunos más para la confirmación del pleno funcionamiento y operatividad del Registro. Cumplidos ambos requisitos, la fecha de entrada en vigor será la última de las siguientes fechas: el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses posterior a la fecha del depósito del cuarto instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión y la fecha de depósito de un certificado que confirme que el Registro internacional es plenamente operativo si esta última fuera posterior al transcurso del periodo de tres meses anterior.

4. La relevancia de la ratificación de España del Protocolo Ferroviario es extraordinaria y tiene importantes consideraciones estratégicas en varios niveles. Primero, confirmando el potencial y capacidad expansiva del sistema de Ciudad del Cabo como modelo de armonización internacional de base sectorial⁶. Segundo, reforzando y ampliando la posición de España como Estado parte del sistema de Ciudad del Cabo que implica una modernización⁷, indirecta y sectorial, pero igualmente significativa, del régimen jurídico de las garantías mobiliarias para alinearlos con los principios internacionales para un sistema moderno de garantías⁸. Tercero, facilitando el acceso al crédito en condiciones adecuadas en un sector que viene completando las diversas etapas de su liberalización progresiva.

5. En primer lugar, se logra poner en marcha el proceso de entrada en vigor de un Protocolo, cuya importancia económica era indiscutible, pero que, a diferencia del esplendor alcanzado por su

⁵ El depósito oficial del instrumento de ratificación tuvo lugar el 20 de enero de 2023.

⁶ Tesis planteada previamente por la autora en T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “El nuevo Protocolo de Pretoria sobre garantías internacionales en equipo minero, agrícola y de construcción: la fuerza expansiva del Convenio de Ciudad de Cabo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2020, vol. 12, núm. 2, pp. 660-705 y en T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “Complexities arising from the expansion of the Cape Town Convention to other sectors: the MAC Protocol’s challenges and innovative solutions”, *Uniform Law Review*, vol. 0, 2018, pp. 1-28.

⁷ Nos referimos a la modernización en el sentido, con los desafíos y las limitaciones, que hemos planteado y analizado con más detalle en otro lugar, al que nos remitimos, T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “Secured Transactions Law Reform in Civil Law Jurisdictions: Challenging Tradition, Facing Reality, and Embracing Modernity”, in L. GULLIFER, LOUISE & D. NEO, (Eds) *Secured Transactions Law in Asia. Principles, Perspectives and Reform*, Hart Publishing, 2021, pp. 100-124.

⁸ En el sentido defendido previamente por la autora en T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “La consolidación de los principios internacionales para un sistema moderno de garantías mobiliarias: la ley modelo de Naciones Unidas y otros instrumentos de armonización”, *Las garantías en el Derecho mercantil: problemática actual*, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2021, ISSN: 15757-4812, pp. 585-616.

predecesor, el Protocolo Aeronáutico, en dos décadas⁹, llevaba 15 años en un estado de hibernación sin desplegar sus efectos. Su entrada en vigor refuerza aún más el éxito del sistema de Ciudad del Cabo como régimen internacional para la financiación (con garantía) de equipos de gran valor. El mapa de ratificaciones del Convenio y el Protocolo Aeronáutico refleja una amplia aceptación internacional y muestra una muy significativa y equilibrada participación de países con economías y tradiciones jurídicas diversas. Los 84 Estados (más la Unión Europea) que son ya parte del Convenio¹⁰ avalan el acierto de las soluciones uniformes del instrumento internacional y la efectividad de las respuestas para aliviar los fallos del mercado del crédito¹¹ y facilitar el acceso a la financiación en condiciones razonables para la adquisición y el uso de equipos móviles de alto valor. Además, la adopción el 22 de noviembre de 2019, en la ciudad sudafricana de Pretoria, del cuarto Protocolo al Convenio de Ciudad del Cabo sobre garantías internacionales en equipo móvil, conocido como Protocolo MAC, por el acrónimo de los bienes cubiertos (mineros, agrícolas y de construcción) por el nuevo instrumento, y, tras su aprobación, también como Protocolo de Pretoria, como tributo y reconocimiento al país anfitrión (en adelante, alternativamente, Protocolo MAC o Protocolo de Pretoria)¹², confirma la extraordinaria flexibilidad y fuerza expansiva del sistema de Ciudad del Cabo como estrategia de armonización.

6. Así, con la adopción del Protocolo de Pretoria, el ambicioso sistema uniforme conformado por el Convenio de Ciudad del Cabo y sus Protocolos extiende su perímetro de acción más allá de los

⁹ Con 81 Estados más la Unión Europea como Organización Regional de Integración Económica a 10 de enero de 2022, <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/aircraft-protocol/states-parties/>.

¹⁰ Según datos de fecha 10 de enero de 2023, el Convenio cuenta con 84 Estados contratantes (más la Unión Europea como Organización Regional de Integración Económica), mientras que en el Protocolo Aeronáutico ascienden a 81 más la Unión Europea, como anotamos en la nota previa. Ambos textos están conjuntamente en vigor desde el 1 de marzo de 2006. Se puede consultar el estado de las ratificaciones (aceptaciones, aprobaciones o adhesiones), las declaraciones realizadas por los Estados, así como la entrada en vigor de cada uno de los instrumentos, en www.unidroit.org (Instruments/Security Interests/Status), seleccionando cada uno de los instrumentos que se desea consultar.

¹¹ La capacidad del sistema de garantías para reducir los riesgos, mejorar las condiciones y estimular la oferta de crédito se explica, desde una perspectiva económica, por su potencial para reparar o, al menos, atenuar los fallos que aqueja el mercado de la financiación: información asimétrica, riesgo moral, y selección adversa – S.D. WILLIAMSON, “Costly monitoring, loan contracts, and equilibrium credit rationing”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 102, issue 1, 1987, pp. 135-145 -. En contradicción con los modelos teóricos de competencia perfecta, compradores y vendedores no disponen de información perfecta, completa, equivalente ni objetiva sobre los servicios y productos del mercado, objeto de sus transacciones. El origen de las situaciones de información imperfecta se puede localizar en tres fuentes: la falta de información sobre el riesgo, el desconocimiento de las alternativas disponibles en el mercado, y la ignorancia de las condiciones contractuales. Las asimetrías de información reflejan aquellas situaciones en las cuales una de las partes de la transacción dispone de información a la cual, la otra parte tan sólo podría acceder asumiendo un coste o, incluso, para quien es inaccesible. J.E. STIGLITZ.; A. WEISS, “Credit rationing in markets with imperfect information”, *American Economic Review*, vol. 71, num. 3, 1981, pp. 393-410; O.E. WILLIAMSON, “The Economics of Antitrust: Transactions Costs Considerations”, *122 U. Pa. L. Rev.*, 1973-1974, pp. 1439-1496. La dificultad que acusa el financiador para obtener información fiable sobre la solvencia del deudor y la viabilidad del proyecto que presenta, debido a la marcada asimetría de información, se atenúa al suplir la necesidad de esta información por la valoración directa e inmediata de la garantía prestada. El riesgo moral se gestiona adaptando el valor de la garantía al importe del préstamo, sin asumir el coste social que implica el lento proceso de ajuste de acuerdo con la información histórica de cumplimiento del deudor. Y, frente al riesgo de comportamientos oportunistas, la petición de garantías mejora las condiciones de los préstamos y reduce el impacto de la selección adversa al proporcionar al acreedor una ruta para la recuperación de la deuda, alternativa al éxito del proyecto, del que el prestatario puede no tener mucha información – H. BESTER, “The role of collateral in credit markets with imperfect information”, *European Economic Review*, núm. 31, 1987, pp. 887-899; Y-Y. CHAN; G. KANATAS, “Asymmetric valuations and the role of collateral in loan agreements”, *Journal of Money, Credit and Banking*, vol. 17, 1985, pp. 84-95; H.W. FLEISIG, “The economics of collateral and of collateral reform”, en F. DAHAN; J. SIMPSON (Eds.), *Secured Transactions Reform and Access to Credit*, Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2008, pp. 81-109, p. 86; K. IGAWA; G. KANATAS, “Asymmetric information, collateral, and moral hazard”, *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, vol. 25 (4), 1990, pp.469-49 -.

¹² La Conferencia Diplomática para la adopción del cuarto Protocolo del Convenio de Ciudad del Cabo (Protocolo MAC o Protocolo de Pretoria) se celebró en Pretoria (Sudáfrica) los días 11 a 22 de noviembre de 2019. La Conferencia Diplomática concluyó satisfactoriamente con la adopción del Protocolo, la apertura a la firma y ratificación y su firma ya por cuatro Estados en el mismo acto final de clausura de la Conferencia. De acuerdo con el Informe Final presentado el día 21 de noviembre por el Comité de Credenciales (DCME-MAC – Doc. 37), la Conferencia Diplomática contaba con la participación de 41 Estados, registrados como participantes, una organización regional de integración económica (REIO) – la Unión Europea -, 3 organizaciones intergubernamentales, 4 organizaciones internacionales no gubernamentales y un asesor técnico. Con fecha 28 de enero de 2023, el Protocolo de Pretoria cuenta con 5 Estados firmantes más la Unión Europea, pero todavía ninguna ratificación.

sectores inicialmente previstos – aeronáutico, espacial y ferroviario – para incorporar, de conformidad con su peculiar fórmula de delimitación del ámbito de aplicación, las industrias agrícola, minera y de construcción. Con ello, el sistema de Ciudad del Cabo muestra un gran potencial expansivo que apalanca en el éxito logrado en el sector aeronáutico con su primer Protocolo y que ahora comienza a impulsar con su entrada en vigor también en el sector ferroviario.

7. En segundo lugar, España, que era ya Estado Contratante del Convenio de Ciudad del Cabo y de su Protocolo Aeronáutico, efectivos y parte del ordenamiento jurídico español desde 2016, profundiza y refuerza su pertenencia al sistema uniforme. Como parte del exitoso sistema de Ciudad del Cabo, se han incorporado en el ordenamiento español sus soluciones y conceptos innovadores - hasta la fecha, en relación con el equipo aeronáutico y a partir de la entrada en vigor, también en relación con las operaciones relativas al material rodante ferroviario -. La ratificación e incorporación efectiva del Convenio de Ciudad del Cabo (para los equipos que corresponda en cada caso) implica la incorporación al Derecho interno de garantías mobiliarias de principios clave y elementos innovadores de un moderno sistema de garantías mobiliarias inspirado en los principios internacionales. Estas innovaciones, dentro del ámbito de aplicación y con los límites y excepciones que las declaraciones del Estado Contratante, implican: un concepto funcional de garantía mobiliaria/garantía internacional; unos requisitos básicos de creación de la garantía; la distinción entre el momento creación y de “perfección” (oponibilidad a terceros); un sistema registral internacional de notificaciones; unos remedios eficaces, y la posibilidad de ejecución extrajudicial – sin perjuicio de la declaración en virtud del art. 54(2) que han realizado países como España -. Por lo tanto, la tesis aquí defendida es que, tras la adopción del Convenio, incluso aquellas jurisdicciones que no han reformado su legislación interna sobre garantías mobiliarias, o donde los intentos de modernización de la reforma han fracasado o no se han implementado con éxito, han modernizado efectivamente el sistema jurídico de las garantías reales en lo que respecta al equipo que entra en el ámbito de aplicación del Protocolo ratificado (el Aeronáutico hasta ahora). La ratificación de otros Protocolos (material rodante ferroviario, bienes espaciales, equipos de minería, agricultura y construcción), en este caso, el ferroviario, ampliará el alcance de dicho potencial de modernización en el futuro. En la medida en que las reglas del Convenio de Ciudad del Cabo se aplican tanto a las transacciones nacionales como a las internacionales en relación con el equipo cubierto por el Protocolo aplicable, siempre que el deudor esté situado en un Estado Contratante y que dicho Estado no haya hecho una declaración para excluir las transacciones internas, la adopción de la Convenio tiene un impacto, ya no indirecto e incidental, sino directo e inmediato, en la legislación nacional.

8. De otro lado, desde el punto de vista del mercado, la industria ferroviaria española es líder y referencia mundial en el sector¹³, ocupa la primera posición en Europa en alta velocidad¹⁴, cuenta con operadores y empresas líderes en el sector¹⁵, una altísima innovación tecnológica, una balanza exterior positiva con elevadas exportaciones¹⁶, y presencia internacional con protagonismo en consorcios y proyectos de infraestructura y equipamiento, ingeniería y consultoría. El papel del sector en las políticas de movilidad sostenible, segura e interconectada es crucial¹⁷, por lo que la promoción en el acceso a la financiación para el uso y explotación de material rodante ferroviario impulsará la renovación de equipos, la innovación en el sector y el fomento del ferrocarril como estrategia de descarbonización y sostenibilidad del transporte.

¹³ *Mafex y el sector ferroviario español*, MAFEX, <https://www.mafex.es/wp-content/uploads/2015/02/2014-Mafex-y-el-Sector-Ferroviano-Espanol.pdf>.

¹⁴ “España, referencia mundial en alta velocidad”, *El Exportador. Revista para la internacionalización*, Observatorio, agosto 2018.

¹⁵ *Informe sobre el sector ferroviario. Observatorio del Ferrocarril en España*, Anuario del Ferrocarril 2018. *Informe*, 2020, https://cdn.mitma.gob.es/portal-web-drupal/ferroviano/observatorio/ofe_2020.pdf.

¹⁶ *Informe de la Comisión técnico-científica para el estudio de mejoras en el sector ferroviario*, Ministerio de Fomento, junio 2014, p. 110.

¹⁷ Siendo receptor de un porcentaje muy significativo de proyectos, fondos e inversiones en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PERTE), <https://planderecuperacion.gob.es/>

9. En tercer lugar, por tanto, la financiación del sector ferroviario es un factor crítico para su solidez, su expansión y su sostenibilidad. El funcionamiento del sistema ferroviario se apoya en la gestión y el mantenimiento de la infraestructura y la prestación por los operadores de los servicios de transporte. En ambos casos, los costes son muy elevados y, por ello, el acceso a fuentes de financiación diversas y en condiciones de coste y disponibilidad competitivas es esencial. El programa del Mecanismo “Conectar Europa” acordado en Europa para el periodo 2021-2027 apoya la inversión en las redes europeas de infraestructuras digitales, de transporte y de energía con los objetivos esenciales de lograr la doble transición ecológica y digital mediante su contribución a los ambiciosos objetivos del Pacto Verde Europeo y la Década Digital.

10. En el análisis de los modelos de financiación del sistema ferroviario, se observan ciertas variables que definen su evolución y configuración actual¹⁸. Primera, la distribución de los costes entre la gestión y el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria¹⁹ y la explotación de los servicios que marca, en cada caso, el equilibrio entre ingresos procedentes del mercado y los ingresos procedentes del Estado²⁰. Cada modelo opta así por un grado de financiación pública considerado adecuado. Segunda, la decisión de desarrollo de infraestructura ferroviaria y explotación de servicios de transporte combina estudios de rentabilidad económica con análisis de rentabilidad económico-social que incorporan factores medioambientales, tecnológicos, de cohesión social y de generación indirecta de oportunidades y recursos. Esto explica que factores como la eficiencia, la sostenibilidad, y un alto nivel de innovación tecnológica sean claves para la competitividad del sector. Tercera, el proceso de liberalización del sector ferroviario que marca la agenda europea, articulado a través de sucesivos paquetes ferroviarios, y se completó con la entrada en vigor de Cuarto Paquete Ferroviario en 2021, está diseñado para completar la estrategia de consolidación de un área única europea de servicios ferroviarios (*Single European Railway Area*)²¹. El Cuarto Paquete Ferroviario integra un conjunto de textos legislativos – directivas y reglamentos – dirigido a revitalizar el sector ferroviario y mejorar su competitividad sobre la base de dos pilares: un pilar técnico y un pilar comercial o de mercado²².

11. Desde la perspectiva, por tanto, de los operadores del servicio, el sector ferroviario responde de forma natural, dado el alto valor y las características de los equipos, al modelo de los sectores intensivos en capital y, por ello, dependientes del crédito. Para el uso²³ y la adquisición de material rodante ferroviario, las operaciones de financiación con diversas formas de garantía del crédito son fórmulas esenciales. El elevado valor de los equipos explica el recurso a fórmulas diversas de crédito con garantía sobre

¹⁸ F. MARTÍNEZ SANZ (Dir.), M^a. V. PETIT LAVALL (Dir.), A. PUETZ (Coord.), L. SALES PALLARÉS (Coord.), *Aspectos jurídicos y económicos del transporte, hacia un transporte más seguro, sostenible y eficiente*, Universitat Jaume I, 2007.

¹⁹ De conformidad con el Artículo 3 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario, modificada por el Real Decreto-Ley 23/2018, se entiendo por infraestructura ferroviaria:

“1. A los efectos de esta ley, se entenderá por infraestructura ferroviaria las estaciones de transporte de viajeros y terminales de transporte de mercancías y la totalidad de los elementos que formen parte de las vías principales y de las de servicio y los ramales de desviación para particulares, con excepción de las vías situadas dentro de los talleres de reparación de material rodante y de los depósitos o garajes de máquinas de tracción. (...)”

²⁰ *Informe de la Comisión técnico-científica para el estudio de mejoras en el sector ferroviario*, Ministerio de Fomento, junio 2014, p. 120.

²¹ <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/single-eu-railway-area/>

²² M. I. ALTZELAI ULIONDO, “La liberalización del sector ferroviario: ¿una política congruente con el derecho comunitario de la competencia?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 58, 2017, pp. 941-975; A. OLMEDO GAYA, “El proceso de liberalización gradual del transporte ferroviario en la Unión Europea”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 49-50, 2017, pp. 454-499. Fundamentalmente, este proceso de liberalización implica en las fechas y conforme a los calendarios previstos la entrada de nuevos operadores en las redes ferroviarias nacionales para la prestación de ciertos servicios de transporte en las áreas abiertas a la competencia. La liberación del sector en las áreas previstas y el incremento resultante de la competencia redibujan también de forma muy significativa los esquemas de financiación tradicional. Declaración de red de ADIF y condiciones de acceso de los operadores, http://www.adif.es/es_ES/empresas_servicios/resumen_liberaliza_sector.shtml. Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, E/CNMC/004/19 *Estudio sobre la liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril*, https://www.cnmc.es/sites/default/files/2554930_12.pdf.

²³ A. PUETZ, *Derecho de vagones. Régimen jurídico-privado de la utilización de vagones de mercancías en tráfico ferroviario*, Madrid: Marcial Pons, 2012,

los activos – garantías mobiliarias constituidas sobre locomotoras y vagones, compraventa con reserva de dominio, leasing, y otros esquemas con función de garantía disponibles según la legislación aplicable -.

12. La intensa inversión necesaria en los bienes y los equipos de material rodante ferroviario unida a su natural movilidad inyectan en el sector además un claro elemento de internacionalidad. Bien sea por la prestación transfronteriza de los servicios – sin perjuicio de las limitaciones técnicas, logísticas, de mercado o regulatorias que pudieran limitar la explotación transfronteriza -, la exportación e importación de equipos, el acceso de los operadores nacionales al mercado internacional de la financiación, o el desarrollo de proyectos de infraestructura y explotación comercial por consorcios internacionales. En todos estos escenarios, el componente internacional se proyecta no sólo sobre la estructura del proyecto, la organización de la actividad y el propio ámbito de explotación, sino que también impacta sobre el marco contractual de las operaciones de financiación.

13. Estos factores descritos, característicos de la financiación en el sector ferroviario para el uso y la adquisición de material rodante, se corresponden con las coordenadas que hacen particularmente necesaria, justificada y efectiva la armonización internacional de las reglas aplicables a estas operaciones. El recurso a fórmulas de financiación con garantía sobre activos se topa de inmediato con dificultades de gran calado. Primero, la disparidad normativa en el régimen jurídico aplicable a las operaciones con función de garantía en las diversas familias jurídicas y en las diferentes jurisdicciones. Esto carga de incertidumbre y riesgo el reconocimiento transfronterizo de los derechos constituidos u otorgados con función de garantía y su ejecución. Segundo, ante la ausencia de un sistema registral central y unificado, los requisitos de registrabilidad y sus efectos difieren significativamente entre sistemas registrales, esencialmente de ámbito nacional o incluso local. Tercero, la divergencia normativa en el Derecho comparado se extiende a materias conexas que coadyuvan de forma fundamental a la eficacia del sistema de garantías (derecho concursal, normas procesales, derecho de la propiedad, derecho inmobiliario, etc). Finalmente, la movilidad natural, bien sea actual o simplemente posible o potencial, del material rodante – locomotoras, vehículos, vagones – hace especialmente inadecuada la regla general de ubicación del bien (*lex res sitae*) como base de las normas de conflicto en operaciones frecuentemente transfronterizas. Una típica operación de financiación en el sector puede implicar la venta con reserva de dominio de material rodante de un vendedor condicional a un comprador condicional en otro país, quien a su vez arrendará bajo leasing el equipo a un tercer operador situado en otro Estado, recibiendo financiación con garantía de una entidad ubicada en un cuarto Estado y con la posibilidad de que el equipo se integre en las redes ferroviarias de otros terceros países para la prestación de servicios de transporte²⁴.

14. En este contexto, se comprueba que el material rodante ferroviario comprende bienes de equipo de alto valor, potencialmente móviles y susceptibles de ser identificados de forma única. Se alinea así con los rasgos distintivos que caracterizan otros sectores igualmente estratégicos, intensivos en capital y con fuerte proyección internacional como el caso, no único, pero sí paradigmático, de la industria aeroespacial. Por ello, la financiación del material rodante ferroviario mediante fórmulas basadas en garantía sobre activos (*asset-based finance*) forma parte de una de las iniciativas de unificación legislativa y armonización internacional más relevantes en el Derecho Privado: el sistema del Convenio de Ciudad del Cabo y sus Protocolos, que estamos estudiando. El material rodante ferroviario, junto con el equipo aeronáutico y los bienes espaciales, está contemplado desde su adopción entre las categorías de bienes de equipo móvil inicialmente cubiertas por el Convenio de Ciudad del Cabo y ha sido objeto de desarrollo en su Protocolo especial aprobado en 2007 y conocido como el Protocolo de Luxemburgo o Protocolo Ferroviario.

15. El depósito del instrumento de ratificación de España pone en marcha el régimen de entrada en vigor de este Protocolo, en las condiciones que hemos mencionado previamente sujeta la operatividad del Registro Internacional para el material rodante ferroviario.

²⁴ Operación descrita por el Rail Working Group, <https://www.railworkinggroup.org/>.

16. Este trabajo está dedicado al estudio de la ratificación de España al Protocolo de Luxemburgo, que permite su entrada en vigor, analizando las declaraciones realizadas al Protocolo en el contexto de las disposiciones y soluciones específicas con las que el Protocolo se integra en el sistema general de Ciudad del Cabo para atender las necesidades de financiación de la industria y adecuarse a las características particulares del sector ferroviario. El trabajo se centra así, en las disposiciones específicas del Protocolo ferroviario, sin presentar de forma general el marco del sistema de Ciudad del Cabo, sus objetivos y sus principios, ni detenerse en las disposiciones general del Convenio, que ya han sido analizadas con extensión y detalle en otros lugares²⁵, salvo el que sea necesario para contextualizar el funcionamiento del Protocolo Ferroviario.

17. Con estos objetivos, la Parte II del trabajo ubica el Protocolo Ferroviario en el sistema modular de Ciudad del Cabo analizando con detenimiento su ámbito de aplicación, en concreto, la delimitación de la categoría de bienes a los que se aplica (material rodante ferroviario). A continuación, se apuntan algunas singularidades del Protocolo y sus desviaciones del régimen general más significativas. En la Parte III, se ofrece un análisis de las declaraciones realizadas por España anticipando sus efectos y las acciones para su implementación efectiva.

II. El Protocolo ferroviario en el contexto del sistema de Ciudad del Cabo: ámbito de aplicación y disposiciones específicas

18. El Protocolo Ferroviario forma parte del sistema de Ciudad del Cabo. En este sentido, comparte los objetivos, las principales soluciones y las reglas generales del Convenio que a nivel sectorial (por la categoría de los bienes) no se amplíen, deroguen o alteren.

19. El objetivo del Convenio es establecer un régimen uniforme aplicable a los acuerdos de garantía sobre ciertas categorías de bienes de significativa importancia económica e inherente movilidad (equipo aeronáutico, material rodante ferroviario, bienes espaciales, según lo inicialmente previsto) para facilitar la financiación de la adquisición y uso de tales equipos en condiciones eficientes. El Protocolo Ferroviario lo aplica, adapta y hace efectivo para el material rodante ferroviario. Así, en efecto, cada Protocolo contiene reglas específicas para la categoría de elementos de equipo móvil a la que se aplica - que pueden ampliar, alterar o derogar las reglas generales del Convenio -, determina la entrada en vigor del Convenio en relación con tal categoría de bienes y define exactamente el ámbito de aplicación, de modo que, en caso de discordancia entre las disposiciones del Convenio y las del Protocolo, prevalecen las de este último por su especificidad.

20. El Convenio afronta así, y resuelve, dos problemas. De un lado, armonizar soluciones y elaborar reglas uniformes ante la patente disparidad en el tratamiento jurídico y la propia concepción de las diversas fórmulas de garantías en el Derecho Comparado. De otro lado, gestionar esta divergencia de enfoques jurídicos en las operaciones transfronterizas en relación con bienes de equipo de inherente movilidad o débil conexión territorial (objetos aeronáuticos, material rodante ferroviario, equipo espacial). Para ello, se crea un concepto autónomo, unitario y funcional de garantía internacional²⁶ para el que se establece un marco uniforme de sencillas reglas de prioridad, remedios para los casos de incumplimiento y medidas ante supuestos de insolvencia y se constituye un sistema registral propio para asegurar la oponibilidad a terceros e instrumentar el régimen de prioridad. Así, el sistema de Ciudad del Cabo (el Convenio y sus Protocolos) se articula sobre tres elementos clave: una pieza conceptual, el concepto de garantía internacional; una pieza sustantiva, un cuerpo de normas uniformes para las garantías interna-

²⁵ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

²⁶ R. GOODE, "The International Interest as an Autonomous Property Interest", *European Review of Private Law*, vol. 12, num.1, 2004, pp. 18-25.

cionales sobre constitución, prioridad, acciones en caso de incumplimiento e insolvencia; y una pieza adjetiva o registral, el modelo de Registro Internacional.

21. Primero, la creación de un concepto autónomo, unitario y funcional²⁷ de “garantía internacional” que agrupa un conjunto de esquemas contractuales²⁸ con función de garantía (garantías mobiliarias, ventas con reserva de dominio, arrendamientos) para los que establece un conjunto de reglas uniformes sobre constitución, medidas en caso de incumplimiento, efectos de las garantías en caso de insolvencia y prioridad. Por tanto, el Convenio se apoya en la construcción funcional de un concepto *sui generis* de “garantía internacional” que permite la aplicación de las reglas uniformes sobre constitución, efectos y prioridad a diversos esquemas contractuales con función de garantía sobre activos (*asset-based*): acuerdos de garantía, leasing, arrendamiento, o compraventa con reserva de dominio. La original fórmula de armonización empleada por el Convenio consistente en diseñar un concepto autónomo de garantía internacional de base funcional; es decir, un concepto que agrupa y trata unitariamente diferentes esquemas contractuales en virtud de la función común que desempeñan e independientemente de la forma jurídica que adoptan. Se prima así la “intención” y la “sustancia” sobre la “forma”²⁹. El empleo de esta estrategia, denominada funcionalista, en el contexto de las legislaciones nacionales sobre garantías mobiliarias retoma un delicado debate entre tradiciones jurídicas en el Derecho Comparado que se puede condensar en el conflicto “funcionalismo *versus* formalismo”.

22. Segundo, por tanto, la formulación de un cuerpo de reglas sustantivas uniformes aplicables a las garantías internacionales sobre constitución, oponibilidad, prioridad, acciones del acreedor en caso de incumplimiento y tratamiento de la garantía en caso de insolvencia.

23. Tercero, el diseño de un Registro Internacional para cada categoría de objetos que permite la inscripción de las “garantías internacionales” (y otros derechos y situaciones inscribibles) para conferirles oponibilidad frente a terceros y articular las reglas de prioridad. Sintéticamente³⁰ se puede describir el sistema registral de Ciudad del Cabo como un Registro electrónico de carácter internacional, estructurado mediante el sistema de folio real, para la inscripción no constitutiva de determinados derechos y garantías sobre determinadas categorías de bienes identificables de forma única con preferencia de rango ordenada por prioridad cronológica, con eficacia frente a terceros con independencia de la buena fe y a cargo de un Registrador “pasivo” que no lleva a cabo calificación registral; de consulta universal *on-line*, y sin aportación documental - *notice-filing* (o más precisamente modelo *notice registry* o *notice registration*³¹) -.

24. En el estado actual de desarrollo del sistema de Ciudad del Cabo, el Registro Internacional para objetos aeronáuticos es el único en funcionamiento y se encuentra plenamente operativo. De hecho, como ya hemos explicado, la dependencia de las reglas sustantivas del Convenio/Protocolo del sistema registral exige una plena coordinación entre la entrada en vigor del Protocolo y la puesta en marcha del

²⁷ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “El concepto funcional de garantía en el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. IV, pp. 1605-1652.

²⁸ A. M. GARRO, “El concepto genérico, global e integrado de «garantía mobiliaria»: perspectivas comparadas”, en C. LARROUMET (Ed.) *L'évolution des garanties mobilières dans les droits français et latino-américains*, Paris: Panthéon-Assas, 2016, pp. 87-99.

²⁹ Con esta contraposición entre “forma” y “sustancia” se resume el debate, aún abierto, entre “funcionalismo” y “formalismo” al que nos referimos más adelante en este trabajo. M.G. BRIDGE; R. A. MACDONALD; R. L. SIMMONDS; C. WALSH, “Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions”, 44 *McGill Law Journal*, 1998-1999, pp. 567-664.

³⁰ Un estudio detallado del Registro Internacional en T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, en Capítulo II.

³¹ Precisa acertadamente R. C. C. CUMING, “Considerations in the design of an International Registry for Interests in Mobile Equipment”, *Uniform Law Review*, 1999-2, pp. 275-288, en p. 275 que el término *filing* pertenece a un escenario precisamente de aportación documental en el que se “archivan” los documentos presentados, mientras que en un entorno electrónico como el del Registro Internacional es más correcto emplear la expresión *registration* en la medida que el sistema registral se basa en “registros o anotaciones electrónicas”. En el particular caso del Registro Internacional para elementos de equipo aeronáuticos, es además un modelo *notice-based* dada la mínima información susceptible de inscripción registral.

Registro correspondiente. Esto significa que el transcurso de tres meses tras el depósito del instrumento de ratificación de España (el cuarto instrumento requerido) no será suficiente para la entrada en vigor del Protocolo hasta que no cuente con el Registro Internacional específico para estos bienes y se hayan aprobado las reformas en el Reglamento.

1. **Ámbito de aplicación y definición de material rodante ferroviario**

25. El ámbito de aplicación del sistema de Ciudad del Cabo viene determinado, primero, por las reglas generales del Convenio que fijan los factores de conexión y describen los criterios generales de aplicación para todas las categorías de objetos y, segundo, por los criterios específicos de definición del objeto para cada categoría de elementos de equipo establecidos en el correspondiente Protocolo. Las particularidades de cada sector han requerido la implementación de fórmulas diversas de delimitación del ámbito objetivo y de descripción de los objetos a los que se aplica el régimen uniforme.

26. Primero, el Protocolo Ferroviario acoge plenamente y sin desviaciones la lógica de la internacionalidad basada en la movilidad (actual o posible, incluso muy improbable como en algunos equipos del Protocolo de Pretoria) de los bienes objeto de la operación garantizada, sin necesidad de requerir ningún otro factor de internacionalidad. Así, a diferencia de otros instrumentos internacionales, el Convenio no trata el carácter internacional de forma separada ni expresa, sino que lo presume inherente a la movilidad, real o potencial, de los objetos a los que se aplica. Esta aproximación a la internacionalidad ataca directamente la raíz de la dificultad regulatoria de las operaciones de financiación garantizada sobre elementos naturalmente móviles, con respecto a los cuales la *lex res sitae* resulta inadecuada o inoperante.

27. El efecto derivado de esta decisión de política legislativa es que el Convenio se aplica tanto a operaciones internacionales como a transacciones puramente internas, en las que todas las partes y el objeto afectado estén situados en el mismo Estado contratante en el momento de conclusión del acuerdo. El objeto puede variar su localización posteriormente, dotando a la operación de carácter transfronterizo, o permanecer en el Estado originario, manteniendo su ámbito nacional, y, en todo caso, puede hacerlo sin conocimiento del acreedor. O incluso, una transacción internacional puede derivar de una transacción previa originalmente interna (un sub-leasing que provenga de una operación previa de leasing nacional)³². Todas estas vicisitudes resultan, en el esquema original del Convenio, irrelevantes, de modo que el instrumento internacional se aplica en todo caso por razón del objeto y el acuerdo de garantía.

28. No obstante, para atender la oposición de algunos Estados expresada durante las negociaciones a renunciar totalmente a la aplicación del Derecho interno a operaciones puramente nacionales, se ha arbitrado en el Convenio una solución de compromiso en el catálogo de declaraciones. Así, un Estado podrá emitir una declaración, en el momento mismo de ratificación, aceptación, adhesión o aprobación (Artículo 50 del Convenio) al Protocolo o en un momento cualquiera posterior (Artículo 57 del Convenio)³³, por la que el Convenio no se aplique a una transacción que es una transacción interna con respecto a ese Estado y en relación con todos los tipos de objetos o algunos de ellos. Esta declaración de inaplicación no tiene, sin embargo, más que un efecto limitado. De un lado, porque si bien una garantía nacional no puede ser a todos los efectos una garantía internacional, le resultan, en todo caso, de aplicación los Artículos 8 (4), 9 (1), 16, 29 y todas las provisiones aplicables a garantías o derechos inscritos (Capítulo V, en particular, y además Artículos 30, 35 (1) o 40 del Convenio). De otro lado, porque sólo si la garantía creada o provista por una transacción interna – tal y como es definida en el Artículo 1 (n)

³² R. GOODE, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment, third edition*, Roma: Unidroit, 2013, p. 145 y par. 4.318, p. 397.

³³ Como referencia, de los 84 Estados contratantes (más una Organización Regional de Integración Económica) en la fecha de la última consulta tan sólo 5 Estados habían depositado una declaración de acuerdo con el Artículo 50 del Convenio (China, Méjico, Panamá, Turquía y Ucrania). Disponible toda la información actualizada en <http://www.unidroit.org/status-2001capetown> (última consulta 10/01/2023).

del Convenio - está además inscrita en un registro nacional³⁴ – definición de garantía nacional según el Artículo 1 (r) del Convenio -, resulta efectiva la declaración, para no distorsionar la estructura registral y de prioridad del Convenio. En efecto, las garantías nacionales pueden protegerse, resultándoles de aplicación las reglas de prioridad del Convenio como si de garantías internacionales se tratara, mediante la inscripción de un aviso de garantía nacional (Artículo 1 (t) del Convenio) en el Registro Internacional.

29. España no hizo esta declaración del Artículo 50 al ratificar el Convenio ni lo ha hecho posteriormente al ratificar el Protocolo Aeronáutico ni al ratificar el Protocolo Ferroviario. Por tanto, las reglas internacionales del sistema de Ciudad del Cabo se aplican a las transacciones internacionales y nacionales, sin ninguna excepción ni exclusión, siempre que se cumpla el factor de conexión de la ubicación del deudor.

30. El requisito cuya determinación resulta más compleja y delicada es, sin duda, el de la localización del objeto. El Convenio ya había logrado eludir esta cuestión con su original fórmula de internacionalidad y, de hecho, en este punto remite a los Protocolos la determinación de los criterios para establecer la situación del objeto en un Estado a los efectos de calificar la transacción como puramente interna.

31. El Protocolo Ferroviario diseña una fórmula específica y adaptada a las particularidades del material rodante para determinar el criterio de localización que define las transacciones internas. Así, de conformidad con el Artículo XXIX.2³⁵, a los efectos de una declaración bajo el Artículo 50 del Convenio habrá de entenderse como transacción interna aquella relativa a un objeto (material rodante ferroviario) que, en su uso normal, sólo pueda operar sobre un sistema ferroviario específico en el Estado que realiza la declaración por razón del ancho de vía u otros elementos de diseño del equipo. No habiéndose realizado la declaración del Artículo 50 por España, la localización del equipo es irrelevante y sólo la ubicación del deudor determinará la conexión relevante.

32. Por tanto, el Protocolo sigue el factor de conexión general del Convenio: la situación del deudor en un Estado contratante en el momento de la celebración del contrato. El domicilio o la situación del acreedor, la situación del objeto, u otras circunstancias de la transacción son irrelevantes para la determinación de la aplicación del Convenio al material rodante ferroviario si el deudor está situado en un Estado contratante en el momento de la celebración del contrato. Por lo que también sería irrelevante para la aplicación del Convenio si la situación del deudor variara en un momento ulterior o fuera diferente en un momento previo a la celebración del contrato de garantía. A los efectos de determinar el lugar en el que está situado el deudor, el Artículo 4 del Convenio ofrece cuatro alternativas: la ley bajo la que se haya constituido o formado, el lugar de su sede social o estatutaria, el lugar donde tenga su administración central o el lugar en el que esté situado su establecimiento comercial principal, si tiene varios, o, en su defecto, su residencia habitual. Si conforme a cualquiera de estos criterios, se considera que el deudor está situado en un Estado contratante, se aplica el Convenio con respecto a la categoría de bienes que corresponda.

33. A diferencia del Protocolo Aeronáutico que añade un factor de conexión adicional y alternativo para ampliar la esfera de aplicación del Convenio en relación con los objetos aeronáuticos (Art. II (2) del Protocolo) – el Estado de matrícula -, en el caso del Protocolo Ferroviario no hay ningún factor de conexión adicional al general de la situación del deudor y, naturalmente, no se aplica el factor especial del Estado de matrícula que sólo está previsto en el Protocolo Aeronáutico para helicópteros y células de aeronave.

³⁴ La rigurosidad interpretativa de este requisito de la inscripción previa es tal que resulta indiferente que la falta de inscripción se deba al hecho de que la garantía en cuestión no es inscribible bajo el Derecho nacional aplicable, el Estado contratante carezca incluso de registro o la persona legitimada no haya efectuado simplemente la inscripción.

³⁵ Artículo XXIX.2 Protocolo Ferroviario:

“For the purposes of Article 50(1) of the Convention, an “internal transaction” shall also mean, in relation to railway rolling stock, a transaction of a type listed in Article 2(2)(a) to (c) of the Convention where the relevant railway rolling stock is only capable, in its normal course of use, of being operated on a single railway system within the Contracting State concerned, because of track gauge or other elements of the design of such railway rolling stock.”

34. De acuerdo con la lógica en dos niveles Convenio-Protocolos, las categorías de objetos a los que se aplicaría el sistema uniforme de Ciudad del Cabo aparecen mencionadas en las disposiciones del Convenio (Art. 2.3 y, para futuros Protocolos, Art. 51), pero sujetas a la descripción y definición normativa que, en cada caso, se incorporen en el Protocolo correspondiente. Por ello, la delimitación del ámbito objetivo de aplicación del sistema de Ciudad del Cabo debe realizarse, para cada sector, a partir de las disposiciones del Protocolo aplicable.

35. El Protocolo Ferroviario adopta, a diferencia del Protocolo Aeronáutico, una definición amplia, inclusiva³⁶, y de tipo descriptivo para delimitar el ámbito material de aplicación. Así, de acuerdo con el Artículo I.2.e), será “material rodante ferroviario”, todo vehículo que circule sobre raíles fijos o, directamente en, sobre, o bajo un carril guía que permita su movimiento; junto con los sistemas de tracción, motores, frenos, ejes, bojes, patines toma-corrientes, partes y cualquier otro componente que esté unido al vehículo o integrado en el mismo, así como los datos, manuales y anotaciones relacionadas.

36. A lo largo del proceso de elaboración y posterior negociación del Protocolo, la definición del material rodante ferroviario para delimitar el ámbito de aplicación ha evolucionado de forma muy apreciable³⁷ acentuándose progresivamente el rasgo operativo (circulación sobre raíles) en la descripción, su carácter comprensivo e inclusivo, y un marcado pragmatismo para abarcar, con la mayor amplitud posible, todo tipo de material rodante, independientemente de su tamaño, capacidad, velocidad, finalidad de uso (pasajeros, mercancías o maniobras) o ámbito territorial de circulación³⁸.

37. El rasgo común definatorio que aglutina esta variedad de elementos de equipo es su circulación en raíles o sobre o bajo vías de modo que su línea de movimiento viene gobernada, de algún modo, por esta guía o carril – rodando sobre carriles, sobre neumáticos, planeando o quedando suspendidos por fuerza electromagnética o de cualquier otro modo (mag-lev) sobre una vía, cable o raíl -³⁹. Así, se entenderá a los efectos del Protocolo como material rodante ferroviario vagones, locomotoras, trenes de carga articulados, trenes de alta velocidad, tranvías, vehículos utilizados para tren ligero o metro, o teleféricos

³⁶ H. ROSEN, “Creating an international security structure for railway rolling stock: an idea ahead of its time?”, *Unif. L. Rev.*, num. 4, 1999, pp. 313-322, 1999, en p. 319.

³⁷ El cambio en la técnica de descripción es muy visible si se compara, por ejemplo, la definición actual con versiones muy iniciales del texto como el borrador de trabajo de julio de 1999 (publicado en *Unif. L. Rev.*, num. 4, 1999, pp. 576.586).

“railway rolling stock” means vehicles moveable either directly above (through magnetic levitation), or on flanged wheels on, a railway track being either

(i) self-propelled vehicles (i.e. locomotives, whether diesel, diesel electric, steam, gas turbine or electric, and whether its source of power is inside or outside the vehicles)

(ii) tenders, motor cars and snow ploughs

(iii) any carriage, wagon or other vehicle for the transportation of
1) people and/or

2) goods including but not limited to tangible goods, mail, parcels, animals, chemicals, gases, petroleum based products and agricultural produce and other things capable of being transported

and engines which may be installed on (i) - (iii) and which may be separated from such without requiring any modification or alteration thereto including all traction systems, engines, brakes, axles, bogies, and pantographs, and in each case including accessories and other equipment and parts installed or incorporated therein or attached thereto and all operating and technical data manuals, notebooks and other records relating to all or part of any of the foregoing. Notwithstanding the foregoing railway rolling stock shall not include:

(a) underground, power cars or wagons

(b) [light rail passenger locomotives and wagons, whether automatically or manually driven]

(c) tram or trolley cars

(d) auto-racks, containers, swap bodies or other equipment attached to a wagon as a separate item of railway rolling stock”.

³⁸ H. ROSEN, “The Luxembourg Rail Protocol: A Major Advance for the Railway Industry”, *Unif. L. Rev.*, num. 12, 2007, pp. 427-448, en pp. 430-431.

³⁹ Con esta perspectiva de equivalencia funcional, se incorporan en el sistema de Ciudad del Cabo y, por tanto, se facilita su acceso a la financiación, vehículos de transporte urbano o interurbano que circulan con soluciones muy variadas desde la levitación magnética hasta el desplazamiento sobre ruedas o neumáticos, R. CASTILLO-TRIANA, “The Relevance of the Luxembourg Protocol for Central and South America”, *Unif. L. Rev.*, num. 12, 2007, pp. 461-472, en p- 468.

o funiculares. Sin embargo, no satisfacen el criterio de circulación guiada los trolebuses o los bitrenes o trenes de carretera cuyo movimiento no está determinado por un raíl o una vía.

38. La lógica, la propia configuración normativa y, en gran medida, el éxito del sistema de Ciudad del Cabo dependen esencialmente de la decisión de establecer un marco uniforme para los esquemas contractuales con función de garantía sobre objetos perfectamente identificables de forma única que permitiera, de hecho, una inscripción basada en el bien y no en el deudor. Esta decisión de política implica, de un lado, limitar las categorías de bienes a aquellos que dispongan de identificadores únicos y que respondan a una práctica consolidada de financiación separada.

39. Las implicaciones más inmediatas de este enfoque pragmático, constatado con la industria, se proyectan sobre dos áreas. De un lado, la identificación suficiente de los objetos a los efectos de su inscripción en el Registro internacional correspondiente. De otro lado, el tratamiento de las partes, componentes o accesorios instalados, incorporados o de algún modo asociados al bien con respecto a la extensión del derecho de garantía. Esta delimitación del objeto es absolutamente esencial para la coordinación del texto uniforme con otros instrumentos internacionales o con la ley nacional aplicable, para la correcta aplicación de las normas de prioridad, y para la determinación de la preservación de derechos previos en casos de instalación, incorporación o asociación. Por tanto, son precisas reglas de delimitación material del concepto de “objeto” y normas para articular la relación entre bienes que son “objetos” a los efectos del instrumento internacional y bienes que no lo son.

40. El Convenio establece una regla general, en sede de prioridad, aplicable a todas las categorías de bienes, salvo modificación ulterior en el Protocolo. El Artículo 29.7 establece que “(e) El presente Convenio: a) no afecta a los derechos que una persona tenga sobre un elemento, que no es un objeto, antes de la instalación del elemento en un objeto si los derechos continúan existiendo después de la instalación en virtud de la ley aplicable; y b) no impide la creación de derechos sobre un elemento, que no es un objeto, instalado anteriormente en un objeto, cuando esos derechos se crean en virtud de la ley aplicable”. La definición de “objeto” y su extensión objetiva vendrán determinadas por el texto uniforme y no por la legislación nacional. Cada uno de los Protocolos ofrece una descripción del objeto y su extensión según las particularidades de las categorías de bienes.

41. La particularidad del Protocolo Aeronáutico es el tratamiento, avalado por la práctica comercial de financiación separada, del motor como un objeto aeronáutico independiente y la desviación así del principio de accesión.

42. En el sector ferroviario, sin embargo, la financiación separada de los motores y otros accesorios no es relevante ni frecuente. Consistente con esta constatación de la industria, el Protocolo Ferroviario (Art. I.2.e) no separa los motores ni otras piezas o elementos instalados y describe con amplitud el concepto de “material rodante ferroviario” que comprende los sistemas de tracción, motores, frenos, ejes, bojes, patines toma-corrientes, partes y cualquier otro componente que esté unido al vehículo o integrado en el mismo, así como los datos, manuales y anotaciones relacionadas. Ninguno de los elementos descritos son objetos a los efectos de la constitución de garantías internacionales.

2. Algunas disposiciones específicas

A) Acuerdo de garantía e identificación

43. La autonomía de la garantía internacional en su constitución y su operativa se logra desconectando su configuración y los requisitos para su nacimiento de la legislación nacional. Para constituir una garantía internacional sobre algunos de los objetos de su ámbito de aplicación basta con un acuerdo de los citados en el Convenio - un contrato constitutivo de garantía, un contrato con reserva de dominio,

o un contrato de arrendamiento - que satisfaga los sencillos requisitos del artículo 7 del Convenio. Es absolutamente irrelevante que tal garantía encuentre en el Derecho nacional un equivalente o que cumpla con las condiciones para su constitución bajo la ley aplicable. Es en este sentido en el que se puede proclamar la autonomía del concepto de garantía internacional.

44. La autonomía de la garantía internacional no es, sin embargo, plena. La propia existencia del contrato, la capacidad de las partes, la válida emisión del consentimiento y cualquier otra cuestión relativa a su perfección se rigen por la ley aplicable. En particular, el momento en el que se considera concluido el acuerdo, dato, sin embargo, relevante para el juego de determinadas disposiciones del Convenio (i.e., Arts. 3, 25 (2) o 60) está determinado por las reglas aplicables de la legislación nacional. No obstante, el Convenio ha tratado de unificar una serie de sencillos requisitos formales nuevamente autónomos e independientes, en todo lo posible, del Derecho nacional. La relativa sencillez de los requisitos puede implicar que una garantía válidamente constituida de conformidad con la legislación nacional constituya también una garantía internacional. En tal caso, ambas garantías conviven, con la salvedad de que, si no se recurre a la inscripción en el Registro internacional, se corre el riesgo de perder la prioridad, y con la advertencia de que ni el deudor ni el acreedor podrán hacer valer derechos reconocidos por la ley nacional que entren en conflicto con el Convenio.

45. De acuerdo con el Artículo 7 del Convenio, el acuerdo deberá constar por escrito, referirse a un objeto sobre el cual el otorgante de la garantía, el vendedor condicional o el arrendador goce de poder de disposición, identificar el objeto de conformidad con el Protocolo y, en caso de un contrato constitutivo de garantía, identificar las obligaciones garantizadas⁴⁰.

46. La suficiente identificación del objeto en el contrato de garantía es una condición previa necesaria para proceder a su inscripción puesto que el Registro está organizado bajo la estructura de hoja real. El nivel de identificación no es tan riguroso como para impedir los acuerdos que incluyan objetos en proceso de fabricación, siempre que hayan alcanzado una fase del proceso de manufactura que permita satisfacer los requisitos de identificación exigidos por el Protocolo respectivo, ni para excluir la posibilidad de acuerdos constitutivos de garantías sobre una propiedad futura, en la medida en que se pueda describir suficientemente y no sólo con una simple referencia a su pertenencia a una de las categorías de objetos del Artículo 2.3. del Convenio. Así, por ejemplo, para que la descripción de un objeto aeronáutico sea necesaria y suficiente para identificar el objeto para los efectos del apartado c) del Artículo 7 del Convenio y del apartado c) del párrafo 1 del Artículo V del presente Protocolo, debe contener el número de serie del fabricante, el nombre del fabricante y la designación del modelo.

47. En el Protocolo sobre material rodante ferroviario se ha adoptado una solución diferente. A los efectos del artículo 7 del Convenio, es decir, en lo que se refiere a los requisitos mínimos de forma del acuerdo mediante el que se crea o prevé una garantía para que se constituya como garantía internacional, el Artículo V del Protocolo sobre material rodante ferroviario impone requisitos de identificación del objeto amplios y flexibles. Según este artículo, la descripción en el contrato será suficiente si el material rodante ferroviario al que se refiere se identifica singularmente por artículo, o genéricamente por tipo, o mediante una declaración que establezca que el acuerdo cubre todos los elementos de material rodante ferroviario presentes o futuros, o todos los elementos de esta categoría presentes o futuros excluyendo ciertos objetos identificados por unidad o por tipo. Esta flexible, amplia y más imprecisa descripción del objeto ferroviario, para que sea suficiente entre las partes, puede no satisfacer la necesaria precisión que exige su inscripción en el Registro. Por eso, el Artículo XIV del Protocolo Ferroviario se refiere, a los solos efectos registrales, a las formas de identificación del material rodante que en esta sede debe ya ser única y precisa. Requisitos, cuya determinación remite al Reglamento del Registro competente. Se

⁴⁰ Son, por cierto, requisitos muy familiares, en contenido y terminología, para el ordenamiento estadounidense, en concreto, para el *Uniform Commercial Code*. P. B. LARSEN.; J. C. SWEENEY; J. E. GILLICK, *Aviation Law. Cases, Laws and Related Sources, Chapter 15. Aircraft Ownership and Financing*, Ardsley: Transnational Publishers, 2006, p. 793.

crea así el *Unique Rail Vehicle Identification System* (URVIS), que permite la asociación de un número único de 20 dígitos, emitido por el Registro Internacional, que se fija permanentemente al equipo y que permite una identificación global única y permanente.

48. Para atender, no obstante, la existencia de sistemas regionales de identificación existentes, se permite que quede sujeto a una declaración de un Estado Contratante⁴¹, con los efectos allí previstos. Como mencionamos más adelante, en el análisis de las declaraciones realizadas por España, nuestro país hace una declaración conforme al Artículo XIV(2 y 3), en virtud de la cual declara que ratifica el sistema de numeración de vehículos adoptado por la Unión Europea y el sistema de intercambio de datos.

49. La flexibilidad que inyecta el Artículo V del Protocolo Ferroviario al régimen de garantías internacionales sobre tales objetos permite, en la práctica, que no sea necesario un nuevo acuerdo cada vez que el deudor adquiere un elemento adicional, permite la celebración de acuerdos referidos a flotas de vagones de ferrocarril en vez de a unos o varios vagones individualmente identificados. Es la misma solución adoptada en el Protocolo Espacial (Art. VII) y en el Protocolo MAC (Art. V). Bajo el Protocolo Aeronáutico, esta referencia genérica al objeto con expresiones del tipo “todos los activos” o similar (por ejemplo, mediante la constitución de garantía sobre un pool de motores) no satisface el requisito de determinación suficiente del objeto de acuerdo con el artículo 7 del Convenio y, por tanto, no cumple una de las condiciones necesarias para que la constitución de una garantía internacional. De igual modo, esta diversa interpretación sobre el nivel suficiente de identificación del objeto crea también divergencias entre los diferentes sistemas jurídicos nacionales y, a su vez, entre garantías nacionales y garantías internacionales.

B) Material rodante ferroviario para servicio público

50. El Artículo XXV del Protocolo de Luxemburgo contiene una de las disposiciones específicas que las particularidades del sector ferroviario aconsejaban atender con una respuesta diferente al Protocolo Aeronáutico. Esta disposición contempla la posibilidad de que un Estado Contratante declare que *seguirá aplicando, en la medida que se especifique en su declaración, sus normas que impidan, suspendan o rijan el ejercicio en su territorio de cualquier medida contemplada en el capítulo III del Convenio y en los Artículos VII a IX de este Protocolo en relación con el material rodante ferroviario utilizado habitualmente para prestar un servicio de importancia pública (el «material rodante ferroviario para servicio público»)* según se especifique en la declaración notificada al depositario. Es una disposición que habilita a los Estados que, mediante una declaración al Protocolo, impidan, suspendan o, de conformidad con la legislación interna, de algún modo, limiten el ejercicio por el acreedor garantizado de los remedios y medidas provisionales que le concede la Convenio en su Capítulo III (Artículos 8 a 15). La interferencia del Estado Contratante en la eficacia y el propio ejercicio de los remedios y medidas en caso de incumplimiento del deudor puede implicar, desde la perspectiva del instrumento internacional, un riesgo de debilitamiento del sistema de Ciudad del Cabo y de su valor para proteger los intereses de los acreedores y mejorar las condiciones de acceso al crédito. Por ello, el propio Artículo XXV añade en su último apartado 6 la advertencia a los Estados Contratantes que opten por realizar una declaración en

⁴¹ La Unión Europea en su instrumento de aprobación del Protocolo Ferroviario declara al respecto:

“(…)

6.- As far as the numbering system of vehicles is concerned, the Union has adopted, by way of Commission Decision 2006/920/EC⁷, amended on 14 November 2012 by Commission Decision 2012/757/EU⁸, a numbering system which is appropriate for the purpose of identification of railway rolling stock as referred to in Article XIV of the Rail Protocol.

Furthermore, as far as data exchange between Member States of the European Union and the International Registry is concerned, the Union has made considerable progress by way of Commission Decision 2007/756/EC⁹, amended on 14 November 2012 by Decision 2012/757/EU. Under that Decision, the Member States of the European Union have implemented National Vehicle Registers, and duplication of data with the International Registry should be avoided.

(…)”

este sentido para que tomen en consideración “la protección de los intereses de acreedores y el efecto de la declaración en la disponibilidad del crédito”.

51. El motivo de esta excepcionalidad en el cuerpo de normas uniformes del Convenio se fundamenta en la importancia del transporte ferroviario en la prestación de servicio público. Para evitar una disrupción en la prestación de servicios considerados de importancia pública que puede impactar seriamente en la movilidad y el acceso a otros servicios en un determinado país, la disposición pivota sobre este concepto de *material rodante ferroviario para servicio público*, sujeto a la declaración del Estado declarante. Será interesante valorar la equivalencia, similitud o dependencia de este concepto en una eventual declaración con el de “obligación de servicio público”⁴²⁴³.

52. Los efectos de la declaración, que remite el tratamiento aplicable al ejercicio del remedio o medida a la legislación nacional aplicable, se sujetan, no obstante, a dos requisitos previstos en el propio Protocolo. Primero, la obligación de la persona (incluidas las autoridades gubernamentales o públicas) a quien corresponde tomar o conferir la posesión, el uso o el control del material rodante ferroviario para servicio público, de preservar y mantener dicho material hasta su restitución al acreedor. De este modo, se asegura que la suspensión o limitación del ejercicio de la medida no implica un deterioro en el material o su valor que pueda amenazar la expectativa de recuperación del valor por parte del acreedor garantizado. Segundo, la persona antes referida asumirá además la obligación de pago al acreedor garantizado durante el periodo de tiempo que trascurra entre que se toma posesión del material y se restituye al acreedor. El pago habrá de ser de una cantidad equivalente a la mayor de las siguientes: la cantidad que dicha persona deba pagar conforme a la legislación interna del Estado declarante y el coste de mercado del alquiler correspondiente a ese material rodante ferroviario.

53. España hace una escueta declaración en este sentido bajo el Artículo XXV, que analizamos más adelante.

C) El tratamiento de la garantía en los procedimientos de insolvencia

54. El valor de una garantía se mide finalmente por su efectividad en un procedimiento de insolvencia. Un régimen completo y eficaz para las operaciones garantizadas requiere una adecuada y coherente combinación con las reglas aplicables a las situaciones de insolvencia donde concurren los intereses del deudor y de todos sus acreedores, garantizados o no, privilegiados u ordinarios.

55. La regla general es, de acuerdo con el Artículo 30 del Convenio, que en cualquier procedimiento de insolvencia contra el deudor (o el cedente según Artículo 37), la garantía internacional inscrita en virtud del Convenio con anterioridad al inicio de dicho procedimiento – según el momento que determine la ley concursal aplicable (Artículo 1(d)) - será efectiva, es decir, se reconocerá a su titular la acción de ejecución o realización forzosa de la garantía sobre el objeto afecto quebrando el principio *par conditio creditorum*. Este reconocimiento se extiende a los derechos y garantías no contractuales inscritos de conformidad con el Artículo 40 y las garantías nacionales protegidas mediante inscripción de un aviso en el Registro Internacional en virtud del Artículo 50 (2). Esta declaración no implica *sensu contrario* la inmediata y automática negación de todo efecto en el procedimiento de insolvencia a las garantías internacionales no inscritas. En su apartado segundo, el artículo 30 advierte que no perderá eficacia en caso de insolvencia del deudor una garantía internacional no inscrita antes del inicio del procedimiento correspondiente si la ley aplicable nacional le reconoce (al equivalente de la garantía

⁴² J. J. MONTERO PASCUAL, “La obligación de servicio público en el transporte ferroviario”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25, julio-diciembre 2013, pp. 127-150.

⁴³ Conforme a la REVISIÓN DE LOS SERVICIOS FERROVIARIOS DE VIAJEROS DECLARADOS COMO OBLIGACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO, en cada caso.

internacional en el Derecho interno) tal eficacia sin necesidad de previa inscripción. Con todo, una garantía internacional no inscrita siempre es más vulnerable a la ley concursal aplicable que una garantía internacional inscrita.

56. Sin embargo, el Artículo 30(3) del Convenio puede ser modificado por los Protocolos. Como el Protocolo Aeronáutico en su Artículo XI, considerada una de las de mayor relevancia económica del instrumento y redactada bajo una fórmula alternativa, así lo hace el Protocolo Ferroviario también, pero con una respuesta propia y singular.

57. El Artículo XI del Protocolo Ferroviario va más allá de la dualidad de alternativas sobre la que se construyó el régimen de insolvencia en el Protocolo Aeronáutico para añadir una tercera opción (Alternativa C) que actúa como vía intermedia entre el modelo más riguroso o estricto de la Alternativa A (*rule-based*) y el discrecional de la Alternativa B. La nueva alternativa retiene los elementos básicos de protección del acreedor que vertebran la Alternativa A, pero con el reconocimiento de una mayor discreción del tribunal para suspender la reposición del bien por el acreedor en ciertas circunstancias.

58. Los tribunales de los Estados contratantes aplicarán estos artículos de los respectivos Protocolos de conformidad con la declaración formulada por el Estado contratante siempre que sea la jurisdicción de insolvencia principal. Si un Estado contratante no formula declaración alguna, el artículo referido no se aplicará y será, por tanto, la legislación concursal nacional la ley aplicable a los supuestos de insolvencia.

59. Esta disposición en su formulación alternativa plantea dos cuestiones muy interesantes y que, en relación con el Protocolo Aeronáutico, han mostrado ser controvertidas. Primera, la especial situación en la que se encuentran los Estados Miembros de la Unión Europea ante la imposibilidad de poder realizar declaración alguna en relación con la disposición sobre insolvencia. Por tanto, España no ha hecho, ni ha podido hacer, declaración alguna bajo el Artículo XI del Protocolo Ferroviario, aplicándose la legislación concursal nacional. Segunda, la definición de “jurisdicción de insolvencia principal” conforme al Convenio y su correlación con el COMI (centro de intereses principales), en la medida que los tribunales de los Estados contratantes aplicarán el Artículo XI del Protocolo Ferroviario de conformidad con la declaración formulada por el Estado contratante siempre que sea la jurisdicción de insolvencia principal.

60. En relación con la cuestión relativa a la posición de los Estados Miembro de la Unión Europea ante la disposición, estos se encuentran en una situación muy particular. En su adhesión al Convenio y el Protocolo Aeronáutico⁴⁴, la Unión Europea, en su estatus de Organización de integración económica regional⁴⁵, realizó una serie de declaraciones que limitan el margen de actuación y afectan a la capacidad

⁴⁴ *Decisión del Consejo de 6 de abril de 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico*, adoptados conjuntamente en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 (2009/370/CE), D.O. L 121/3, 15.5.2009.

⁴⁵ Superados los iniciales enfrentamientos entre la Comisión Europea y algunos Estados miembros sobre cuestiones competenciales en materia concursal del Convenio, la Unión Europea accedió al Convenio mediante depósito de su instrumento de adhesión el 28 de abril de 2009. El Convenio y su Protocolo aeronáutico han entrado en vigor para la Comunidad Europea el 1 de agosto de 2009. El Convenio y su Protocolo vinculan, en consecuencia, también a los Estados Miembros en la medida en que contienen disposiciones referidas a aspectos en los que la Comunidad goza de competencia y deben adoptar las medidas oportunas para cumplir e implementar tales disposiciones. Sin embargo, la adhesión de la Comunidad no implica la obligación de los Estados de ratificar el Convenio con sus Protocolos, aunque seguramente anuncie próximas ratificaciones. De hecho, la concurrencia en el instrumento de UNIDROIT de competencias distribuidas entre la Comunidad y los Estados permitiría afirmar que, sin la adhesión de la Comunidad, los Estados no podrían ratificar enteramente y con plenos efectos el Convenio y sus Protocolos – B. CRANS, “The Implications of the EU Accession to the Cape Town Convention”, *Air and Space Law*, vol. 35, num. 1, 2010, pp. 1-7 -. Con todo, en el momento de la adhesión de la Comunidad, Irlanda y Luxemburgo ya eran parte, individualmente, del sistema de Ciudad del Cabo y, por otro lado, la decisión de adhesión no es aplicable a Dinamarca. De ahí que, tras la solicitud por Dinamarca el 30 de marzo de 2015, del acuerdo de la Unión Europea sobre su propuesta de ratificación, se haya autorizado mediante Decisión (UE) 2015/1380 de la Comisión, de 10 de agosto de 2015, al Reino de Dinamarca a ratificar

de los Estados miembros en cuanto a las condiciones de la ratificación al no permitir que éstos realicen determinadas declaraciones específicas en sus instrumentos de adhesión. No obstante, los Estados Miembros podrían acometer las reformas oportunas en la ley nacional para obtener los mismos resultados sustantivos que si la declaración hubiera sido hecha. Ante la imposibilidad de realizar determinadas declaraciones por los límites impuestos por la Unión Europea en su decisión de adhesión, los Estados deben considerar la conveniencia de recurrir a técnicas de implementación para obtener un resultado funcionalmente equivalente. Es decir, proceder a reformar normas existentes o adoptar reglas nuevas para conformar un marco jurídico aplicable a las operaciones de financiación garantizada con soluciones equivalentes a las que proporcionaría el Convenio bajo una serie de declaraciones. Esta situación es especialmente crítica porque algunas de las declaraciones incluidas en el paquete de las OCDE *qualifying declarations* que habilitan para el descuento del Convenio de Ciudad del Cabo han quedado bloqueadas para los Estados Miembro por la declaración de adhesión de la Unión Europea. Efectivamente, el paquete de declaraciones que habilitan para aprovechar una reducción en el coste de la financiación en los términos del ASU (*Aircraft Sector Understanding* (versión de 1 de febrero de 2017)⁴⁶ incluye declaraciones referidas a los Artículos X y XI del Protocolo Aeronáutico, en particular, para la fijación de un plazo para la adopción de medidas provisionales previstas en el Artículo 13 del Convenio. La única vía entonces, evitando la confrontación, sería la adaptación del Derecho interno para proveer soluciones funcionalmente equivalentes a las ofrecidas por las declaraciones no disponibles.

61. En su adhesión al Protocolo Ferroviario, la Unión Europea realizó una declaración en los mismos términos, impidiendo a los Estados Miembro elegir entre las Alternativas A, B o C. España, por tanto, no ha realizado declaración alguna relativa al Artículo XI. Se debe valorar, no obstante, en qué medida el incentivo del “descuento del Convenio de Ciudad del Cabo”, para material rodante ferroviario, podría jugar un papel similar en el sector ferroviario.

62. En lo relativo a la “jurisdicción de insolvencia principal”, según el Artículo 1.2(n) del Protocolo, jurisdicción de insolvencia principal “designa el Estado contratante en que están concentrados los principales intereses del deudor, que para este efecto se considerará que es el lugar de la sede estatutaria o, si no hubiese ninguna, el lugar en que el deudor ha sido constituido o formado, a menos que se demuestre lo contrario”.

63. La aplicación de este concepto es una de las múltiples ocasiones para retomar la importancia de la interpretación autónoma del Convenio y el Protocolo⁴⁷. La definición de jurisdicción de insolvencia principal incluye la referencia al centro de intereses principales, pero no lo define ni incorpora criterios de determinación propios. Esto es importante porque la función del centro de intereses principales en el sistema de Ciudad de Cabo bajo la cobertura del concepto autónomo de jurisdicción de insolvencia principal es una función propia y singular que difiere del fin con que este concepto se emplea en otros instrumentos. Así, en efecto, no es para la elección de foro, sino para la determinación del Estado contratante cuya declaración va a condicionar todo procedimiento de insolvencia relativo al deudor en cual-

el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, adoptados conjuntamente en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 [notificada con el número C(2015) 5553], siempre que Dinamarca formule unas declaraciones previstas en el artículo 55 del Convenio y el artículo XXX, apartado 5, del Protocolo similares a las formuladas por la Unión Europea (OJ L 213, 12.8.2015, pp. 6–8).

⁴⁶ 1 February 2017 Arrangement on Officially Supported Export Credits [TAD/PG(2017)1] que reemplaza la versión previa de 1 de febrero de 2016, Annex III, Sector Understanding on Export Credits for Civil Aviation (ASU) 1] disponible, junto con información y documentación adicionales en <http://www.oecd.org/tad/xcred/aircraftsectorunderstandings.htm>.

Lista de países que cumplen las condiciones previstas en los Artículos 35 y 38 del Apéndice II del ASU y que, por consiguiente, resultan cualificados para obtener el descuento del Convenio de Ciudad del Cabo: <http://www.oecd.org/tad/exportcredits/ctc.htm>.

⁴⁷ 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*, 4/2021, noviembre 2021, pp. 79-108.

quier otro Estado Contratante (Artículo XXX(4) Protocolo). Y en este sentido se ha insistido en destacar que el Convenio no es un instrumento concursal, sino destinado a gobernar las operaciones con garantía y desde esta perspectiva debe interpretarse.

64. Por tanto, la interpretación autónoma debe ir dirigida a proponer unos factores de determinación del centro de intereses principales (como jurisdicción de insolvencia principal) que aseguren que el régimen aplicable por mor de la declaración realizada es claro, indubitado y previsible para los acreedores. Esta certeza en el momento de la celebración de la operación con garantía determinará las condiciones económicas de la transacción. Tendrán que ser factores visibles, reconocibles y previsibles para los acreedores en el curso de los negocios con el deudor, es decir, que los acreedores sabían o podían razonablemente haber confiado en que era el centro de intereses principales. Este razonamiento nos dirige a abogar por una fuerte presunción a favor de la identificación del COMI a los efectos del Convenio con la sede estatutaria, de acuerdo con la definición de jurisdicción de insolvencia principal. Y sólo desviamos de esta sólida presunción cuando factores visibles para los acreedores así lo hagan razonable⁴⁸.

65. Por otro lado, con el fin de dotar de la máxima previsibilidad y certeza a los acreedores sobre el tratamiento de su garantía (en sentido funcional) durante la insolvencia y de apuntalar la dominancia de la Alternativa A cuando ha sido elegida por la jurisdicción de insolvencia principal, se ha emitido una Anotación al Comentario Oficial⁴⁹ sobre este punto (Release num. 4, 22 March 2016). En la anotación referida se aclara que evitar el riesgo de *forum shopping* y preservar los beneficios económicos del Convenio la regla del Artículo XXX(4) del Protocolo por virtud del cual los Estados Contratantes aplicarán el Artículo XI de conformidad con la declaración formulada por el Estado Contratante que sea jurisdicción de insolvencia principal no depende de que en tal Estado se haya iniciado un procedimiento de insolvencia. La regla es absoluta y actúa en todo caso sin que sea preciso esperar a que en la jurisdicción de insolvencia principal se inicie un procedimiento sobre el deudor.

3. La oponibilidad de las garantías internacionales sobre material rodante ferroviario: el Registro internacional

66. Junto con el concepto de garantía internacional y el conjunto de reglas uniformes, el tercer pilar en el que se apoya el sistema de Ciudad del Cabo es la creación de un Registro Internacional. Con la misma filosofía Convenio general/Protocolos específicos, se prevé la creación de un Registro para cada categoría de bienes.

67. Actualmente, sólo el Registro Internacional para equipo aeronáutico es plenamente operativo. Bajo la supervisión de la ICAO, la compañía Aviareto, Limited, con sede en Dublín, opera como registrador del Registro Internacional de equipo aeronáutico. El acceso, la consulta, la inscripción y los demás detalles del funcionamiento del Registro se regulan en su Reglamento de Normas y Procedimientos, así como, al ser íntegramente electrónico, en los Términos de Uso del sitio (www.internationalregistry.aero). En la *Resolution No. 1 of the Luxembourg diplomatic Conference on 23 February 2007* se constituye una Comisión Preparatoria (*Preparatory Commission – Rail PrepCom*) para la puesta en funcionamiento del Registro Internacional para material rodante ferroviario. En 2014 se designa y concluye el acuerdo con Regulis SA (filial de SITA) para la gestión del registro⁵⁰. Con la aprobación de la Comisión Preparatoria, se completará un cambio de control en la compañía que actúa como Registrador.

⁴⁸ Esta es la interpretación de la Anotación de 3 de julio de 2020 (Release num. 2) del *Cape Town Convention Academic Project*, <https://ctcap.org/wp-content/uploads/2020/07/Annotation-2-to-OC-4th-Ed-Aspects-of-cross-border-insolvencies-and-the-Cape-Town-Convention.pdf>.

⁴⁹ Anotación al Sir Roy Goode's *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment, third edition*, Roma: Unidroit, 2013.

⁵⁰ E. HIRST, "The International Rail Registry and the Luxembourg Rail Protocol. How Global Registration Helps Governments, Financiers and the Rail Industry", *Elte Law Journal*, pp. 173-182.

68. La función del Registro es dar noticia (*notice registration* sin aportación documental), asegurar la oponibilidad a terceros y permitir el juego de las reglas de prioridad de las garantías internacionales y otros derechos y acuerdos susceptibles de inscripción (no sólo garantías internacionales, garantías internacionales futuras, cesiones y cesiones futuras de garantías internacionales, adquisiciones de garantías internacionales por subrogación legal o contractual y acuerdos de subordinación de rango, sino también avisos de garantías nacionales y derechos y garantías no contractuales susceptibles de inscripción). Si bien la correspondiente garantía se perfecciona sin necesidad de inscripción, que no es constitutiva, una vez inscrita en el Registro Internacional es oponible a terceros y adquiere prioridad sobre cualquier garantía inscrita con posterioridad y cualquier garantía no inscrita en el Registro, incluso aunque, e independientemente de que, conociera con anterioridad la existencia de la garantía inscrita posteriormente o no inscrita. Por tanto, la inscripción no es un requisito constitutivo de la garantía (*inter partes*) sino un elemento para su perfección y oponibilidad frente a terceros⁵¹.

69. Las sencillas reglas establecidas en el artículo 29 del Convenio (junto con o modificadas por las disposiciones de los Protocolos) se aplican única y exclusivamente a garantías inscritas. Salvo para las garantías o los derechos no contractuales que preservan su prioridad sin inscripción en virtud del artículo 39, las reglas de prioridad del Convenio no gobiernan la prelación entre garantías no inscritas, que se resolverá de acuerdo con la ley aplicable. Lógicamente, los Estados no contratantes no están vinculados por las reglas de prioridad del Convenio, salvo que sus normas de conflicto los remitan a su aplicación.

70. La prioridad está basada en dos factores: la efectiva inscripción en el registro y su anterioridad o precedencia temporal. En definitiva, una garantía inscrita gozará de prioridad sobre toda garantía inscrita posteriormente o sobre cualquier garantía o derecho no inscrito. Una garantía no inscrita (salvo lo previsto en el Artículo 39 del Convenio) carece de prioridad por el mero hecho de la falta de inscripción independientemente de que ésta se deba a que la garantía no era inscribible porque no pertenecía a una categoría susceptible de inscripción conforme al Convenio-Protocolo, a que no fuera inscribible porque se encontrara fuera del ámbito de aplicación territorial del Convenio en el momento de conclusión del acuerdo o a que la inscripción haya expirado o se haya cancelado. Es decir, una garantía no inscrita es aquella que nunca se registró, siendo irrelevante que se hubiera podido inscribir o no, aquella cuya inscripción expiró o se canceló por cualquier motivo.

71. Como refuerzo de la anterior afirmación, el conocimiento de la existencia de una garantía no inscrita es absolutamente irrelevante a los efectos de la aplicación de las reglas de prioridad. Tan sólo la efectiva y vigente inscripción es determinante para asegurar su prelación. Una garantía o un derecho no inscritos (insistimos, salvo los del Artículo 39) pierden su prioridad en relación con las garantías inscritas aun cuando sus titulares tengan conocimiento de tal derecho, garantía o interés.

72. El Protocolo Ferroviario, sin embargo, no sigue la solución de extensión de los Protocolos Aeronáutico y Espacial y opta por no aplicar el instrumento sectorial a las ventas y las ventas futuras⁵². El potencial riesgo para el titular de un eventual conflicto entre una inscripción en un registro nacional y la inscripción en el Registro Internacional era prácticamente inexistente en el sector ferroviario que carecía, en términos generales, de registros nacionales equivalentes sobre material rodante⁵³.

73. No obstante, adopta una singular decisión al permitir la inscripción en el Registro Internacional de “avisos de venta”. El Artículo XVII aclara que tanto la inscripción de estos avisos como los resultados de la búsqueda de los mismos tendrán única y exclusivamente valor informativo y, por tanto, no generarán

⁵¹ D. B. FURNISH, “The Creation and Notice of Security Interest in Movable Property (*Efectos Constitutivos y Declarativos de las Garantías Reales Mobiliarias*)”, *Uniform Commercial Code Law Journal*, vol. 36, num. 1, Summer 2003, pp. 99-121.

⁵² S. L. HARRIS, “The International Rail Registry”, *Unif. L. Rev.*, num. 12, 2007, pp. 531-549, en p. 540; H. ROSEN, “The Luxembourg Rail Protocol: A Major Advance...”, *op.cit.*, pp. 442-444.

⁵³ H. ROSEN; M. FLEETWOOD; B. VON BODUNGEN, “The Luxembourg Rail Protocol - Extending Cape Town Benefits to the Rail Industry”, *Unif. L. Rev.*, num 17, 2012, pp. 609-632, en p. 616.

efecto alguno bajo el Convenio o el Protocolo. Significa esto que la inscripción de un aviso de venta no asegurará ningún tipo de prioridad bajo el Protocolo ni implicará la aplicación de las disposiciones propias de las garantías internacionales. No obstante, la legislación nacional no uniforme podría darle algún valor o asociarle efectos sobre la prioridad a esta inscripción voluntaria de un aviso de venta en el Registro Internacional. La inscripción de un aviso, por ejemplo, podría cuestionar, de acuerdo con la legislación nacional, la solidez de la posición de buena fe de un comprador ulterior frente al adquirente previo de un aviso inscrito. Los avisos se refieren sólo a ventas y no a las ventas futuras cuya inscripción, dado el tratamiento que le confiere el Protocolo, sería muy improbable y seguramente inútil a los efectos de prioridad nacional⁵⁴.

III. Las declaraciones realizadas por España al Protocolo ferroviario

1. Análisis previo: declaraciones posibles, obligatorias y recomendables

74. Antes de analizar las declaraciones que España realiza al Protocolo Ferroviario en el instrumento de ratificación, conviene hacer una valoración previa del marco de declaraciones en el que, en atención a las consideraciones expuestas anteriormente al analizar las disposiciones específicas del Protocolo, España podía diseñar su incorporación al instrumento internacional. En definitiva, cuáles son las declaraciones posibles, cuáles son las obligatorias, y cuáles son las recomendables. De este modo, se podrá valorar en contexto la decisión final de España en el instrumento de ratificación.

75. En la medida en que España es un Estado Contratante del Convenio de Ciudad del Cabo en relación con los objetos aeronáuticos tras su adhesión al Convenio y posteriormente al Protocolo Aeronáutico, es preciso primero retomar el proceso de incorporación al sistema de Ciudad del Cabo desde su inicio y recorrerlo hasta la entrada plena en vigor porque estas declaraciones pueden ser aplicables o tener alguna repercusión singular en la ratificación del Protocolo Ferroviario.

76. La incorporación de España al sistema de Ciudad del Cabo presentó algunas particularidades derivadas de un proceso de adhesión escalonado y dilatado en el tiempo y la realización de declaraciones ulteriores al Convenio en el momento de la adhesión al Protocolo. El proceso se inició con la adhesión al Convenio en 2013⁵⁵, pero no se completó definitivamente hasta la adopción del Protocolo en 2015. Con fecha 1 de febrero de 2016, se publica en el BOE⁵⁶ el instrumento de adhesión de España al *Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil*. De acuerdo con el Artículo 49.2 del Convenio⁵⁷, el 1 de marzo de 2016 ha entrado en vigor para España el Convenio de Ciudad del Cabo junto con su Protocolo Aeronáutico, es decir, las disposiciones del Convenio en relación con la categoría de objetos que regula el Protocolo - los elementos de equipo aeronáutico: células de aeronaves, helicópteros y motores - y en las condiciones que en él se determinan.

77. Por tanto, aunque desde la adhesión al Convenio en 2013, España aparecía formalmente como un Estado Contratante, en la práctica, el sistema de Ciudad del Cabo no era para nuestro país plenamente operativo hasta la adhesión y entrada en vigor de alguno de los Protocolos. Por tanto, hasta el 1 de marzo de 2016 no eran aplicables en nuestro país las disposiciones del Convenio y, desde tal fecha, lo son únicamente en relación con el equipo aeronáutico⁵⁸.

⁵⁴ H. ROSEN; *et al*, "The Luxembourg Rail Protocol - Extending Cape Town...", *op.cit.*, p. 617.

⁵⁵ El 28 de junio de 2013, el Reino de España depositó el instrumento de adhesión ante UNIDROIT, junto con una serie de declaraciones, al Convenio de Ciudad del Cabo y el 4 de octubre de 2013 se publicaba en el Boletín Oficial del Estado el instrumento de adhesión, el texto del Convenio y las declaraciones de los Estados Contratantes hasta la fecha.

⁵⁶ BOE núm. 27, de 1 de febrero de 2016.

⁵⁷ El depósito del instrumento de adhesión fue aceptado por UNIDROIT con fecha 27 de noviembre de 2015. Con posterioridad, el 15 de diciembre de 2015 se procedió a la entrega del instrumento de adhesión al Secretario General de UNIDROIT.

⁵⁸ Sobre esta situación anómala derivada de un proceso escalonado de adhesión, T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, "The accession by Spain to the Cape Town Convention: a first assessment", *Uniform Law Review*, 2014, pp. 1-23.

78. Además, bajo la habilitación del Artículo 57 del Convenio que permite a los Estados parte formular declaraciones posteriores, excepto la prevista en el Artículo 60, España aprovechó la adhesión al Protocolo Aeronáutico para añadir a las dos únicas declaraciones realizadas en el momento de adhesión al Convenio (bajo los Artículos 52 y 54(2) Convenio), no sólo declaraciones al Protocolo, sino otras declaraciones posteriores al Convenio⁵⁹.

79. En este contexto, la adecuada selección de las declaraciones que puede realizar el Reino de España en el instrumento de ratificación del Protocolo de Luxemburgo al Convenio de Ciudad del Cabo debe basarse en las tres consideraciones siguientes:

- a) No podrán realizarse las declaraciones que queden excluidas para los Estados Miembros en virtud de lo previsto en el instrumento de aprobación de la Unión Europea del Protocolo Ferroviario.
- b) Las declaraciones realizadas por España al ratificar el Convenio de Ciudad del Cabo se entienden, salvo que expresamente se indicara lo contrario, realizadas también para el Protocolo Ferroviario.
- c) En términos generales, no hay razón para desviarse de las declaraciones (generales al Convenio) realizadas por España en la ratificación del Protocolo Aeronáutico, salvo en las típicamente sectoriales. No obstante, hay además en el Protocolo Ferroviario declaraciones nuevas cuya conveniencia hay que considerar separadamente.

80. Como hemos mencionado previamente, ciertas declaraciones no pueden realizarse por los Estados Miembro de conformidad con la delimitación competencial y en atención a las consideraciones del instrumento de adhesión de la Unión Europea, tanto al Convenio como al Protocolo Ferroviario. Así, no corresponde a los Estados Miembros realizar ninguna de las declaraciones previstas en el Artículo XXVII (1), (2) y (3). Es decir: sobre medidas provisionales (Art. VIII), sobre elección de fuero (Art. VI), sobre insolvencia (Art. IX) y asistencia en caso de insolvencia. En relación con las Alternativas (A, B y C) del Artículo IX sobre medidas en caso de insolvencia, al no poderse realizar una declaración para elegir ninguna de las Alternativas, resultará de aplicación la legislación interna que corresponda en cada caso.

81. Las declaraciones relativas a los siguientes artículos del Convenio, realizadas en el momento de ratificación del Convenio y posteriormente con ocasión de la ratificación del Protocolo Aeronáutico, resultarán de aplicación al Protocolo de Luxemburgo salvo que se indicara lo contrario.

Estas declaraciones iniciales o posteriores se realizaron en relación con los Artículos:

- 39(1)(a)⁶⁰,
- 39(1)(b)⁶¹,
- 40⁶²,

⁵⁹ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “Key points for the effective implementation of the Cape Town Convention: the accession of Spain to the Aircraft Protocol”, *Uniform Law Review - Revue de droit uniforme*, vol. 21, issue 2-3, 2016, pp. 279-308.

⁶⁰ Declaración conforme al Artículo 39(1)(a) del Convenio:

“Conforme al artículo 39(1)(a) del Convenio, el Reino de España declara que todas las categorías de derechos o garantías no contractuales que conforme a la ley española tienen y tendrán prioridad en el futuro sobre una garantía relativa a un objeto que sea equivalente a la del titular de una garantía internacional inscrita, tendrán prioridad en igual medida sobre una garantía internacional inscrita, tanto dentro como fuera de un procedimiento de insolvencia, y tanto si fue registrada antes o después de la adhesión del Reino de España.”

⁶¹ Declaración conforme al Artículo 39(1)(b) del Convenio:

“Conforme al artículo 39(1)(b) del Convenio, el Reino de España declara que ninguna de las disposiciones del presente Convenio afectará su derecho o el de una entidad pública, organización internacional de la que el Reino de España sea parte u otro proveedor privado de servicios públicos en el Reino de España a embargar o detener un objeto en virtud de las leyes españolas para el pago de las cantidades adeudadas al Reino de España o a cualquiera de las mencionadas entidades, organizaciones o proveedores que tengan una relación directa con los servicios prestados respecto de ese u otro objeto.”

⁶² Declaración conforme al Artículo 40 del Protocolo:

- 52⁶³,
- 53⁶⁴ y
- 54(2)⁶⁵.

82. Puesto que estas declaraciones se extienden automáticamente, salvo indicación en contrario, al Protocolo Ferroviario, España ha tenido que valorar, en el proceso de preparación de la ratificación, si hay alguna razón, vinculada a las características del sector, los equipos o las prácticas de financiación, para desviarse de tales declaraciones en el Protocolo Ferroviario. El hecho de que algunas de las declaraciones se realizaran ulteriormente, en particular, en el instrumento de ratificación del Protocolo Aeronáutico no altera su naturaleza como declaraciones al Convenio y el efecto de su extensión automática a los Protocolos que se ratifiquen posteriormente, salvo indicación expresa en contrario.

83. Las declaraciones realizadas de conformidad con las disposiciones anteriores únicamente requerirían adaptación sectorial cuando se hayan realizado con expresa referencia a los objetos aeronáuticos. Este es el caso de la declaración del Artículo 40 que se refiere a “objeto aeronáutico” y que, por tanto, habría que formular nuevamente para el material rodante ferroviario, si así se desea. O, con una interpretación más facilitadora y posibilista, podríamos entender que una lectura adaptada (sin modificación de su tenor) a la aplicación del Protocolo Ferroviario sería suficiente. Apuntamos esta opción porque no parece que deba sostenerse el efecto contrario. Es decir, entender que, si no se realiza la modificación de la declaración o no se confirma su aplicación al material rodante ferroviario, se considera no realizada. No se sostiene esta interpretación porque contradice precisamente la regla de la extensión automática salvo indicación (expresa) en contrario.

84. Distinta es la situación de las declaraciones previamente realizadas de conformidad con las disposiciones del Protocolo Aeronáutico pues estas se hicieron precisamente en atención a las particularidades del equipo aeronáutico y, naturalmente, sólo en relación con las disposiciones del Protocolo sectorial, que son de aplicación únicamente a las operaciones sobre tal categoría de bienes. Es decir, que, puesto que no se refieren a disposiciones generales del Convenio, no se extienden a las disposiciones específicas de cada Protocolo.

85. La primera y más evidente es la declaración del Protocolo Aeronáutico del Artículo XIII que se refiere a la figura del IDERA que no contempla el Protocolo de Luxemburgo. Por tanto, no es aplicable al Protocolo Ferroviario ni pertinente su consideración.

86. La designación de puntos nacionales de acceso realizada en el Protocolo Aeronáutico de conformidad con el Artículo XIX se puede realizar en el Protocolo Ferroviario de acuerdo con el Artículo XIII. Era esperable que España deseara también designar un punto de nacional de acceso para el sector ferroviario y que designe a tal efecto el “Registro de Bienes Muebles”, salvo que se entienda que hay otra opción más adecuada. La designación habrá de hacerse de conformidad con lo previsto en el

“El Reino de España declara que las siguientes categorías de derechos o garantías no contractuales:

- a) derechos de una persona que haya obtenido una orden judicial que autorice el embargo de un objeto aeronáutico para el cumplimiento total o parcial de la resolución de un tribunal.
- b) gravámenes u otros derechos de una entidad estatal en relación con impuestos u otros tributos no abonados; podrán inscribirse en virtud del presente Convenio respecto de cualquier categoría de objetos como si esos derechos o garantías fueran garantías internacionales, y serán regulados como tales.”

⁶³ Referida a Gibraltar y que se repite expresamente en el instrumento de ratificación al Protocolo Aeronáutico como declaración conforme al Artículo XXIX.

⁶⁴ Declaración conforme al artículo 53:

“El Reino de España declara que todos los tribunales y autoridades competentes de conformidad con las leyes del Reino de España serán los tribunales relevantes a efectos del artículo 1 y el Capítulo XII del Convenio.”

⁶⁵ “En base en lo dispuesto en el artículo 54.2 del Convenio, España declara que todo recurso de que disponga el acreedor de conformidad con cualquiera de las disposiciones del presente Convenio, y cuyo ejercicio no esté subordinado en virtud de dichas disposiciones a una petición al tribunal, podrá ejercerse únicamente con la autorización del tribunal”.

Artículo XIII. En todo caso, es deseable que funcione como punto autorizante y no como punto de acceso directo. Pero esto último requiere una valoración más detenida, como explicaremos a continuación dada la redacción del Reglamento aplicable al Registro Internacional para material rodante ferroviario.

87. Conviene que la declaración bajo el Artículo XIV (2 y 3) para designar el sistema e identificación sea coherente con la declaración de la Unión Europea al respecto⁶⁶. No es claro, y no tenemos modelos de declaración previa de otros Estados Miembros, si basta con la declaración ya realizada por la Unión Europea sobre el sistema regional de identificación o es necesario, posible o conveniente que cada Estado Miembro confirme la declaración.

88. La única declaración cuya realización debe valorarse en el contexto específico del Protocolo Ferroviario, porque es una disposición novedosa y de alcance puramente sectorial, es la contenida en el Artículo XXV.

Un Estado contratante podrá, en cualquier momento, declarar que seguirá aplicando, en la medida que se especifique en su declaración, sus normas jurídicas vigentes en ese momento que impidan, suspendan o rijan el ejercicio en su territorio de cualquier medida contemplada en el capítulo III del Convenio y en los Artículos VII a IX de este Protocolo en relación con el material rodante ferroviario utilizado habitualmente para prestar un servicio de importancia pública (el «material rodante ferroviario para servicio público») según se especifique en la declaración notificada al depositario.

89. En términos generales, no parece que la realización de esta declaración sea imprescindible, desde luego, no es obligatoria, pero es muy razonable que se considere oportuna y necesaria, en la medida en que se refiere a servicios de importancia pública. Es cierto que salvo que se considerara esencial la realización de la declaración en atención a otros intereses públicos, la lógica del Convenio y el atractivo del Protocolo aconsejarían no realizarla pues, en cierta medida, limita el ejercicio de los derechos y las acciones del acreedor garantizado. No obstante, si se estima que hay razones de interés público, cabe naturalmente la declaración, pero es una declaración que debe especificar el material rodante ferroviario utilizado habitualmente para prestar un servicio de importancia pública (el “material rodante ferroviario para servicio público”) y determinar si se aplican los párrafos 2 y 3 del Artículo XXV.

90. Finalmente, el Protocolo Ferroviario trata de forma diferente al Protocolo Aeronáutico las garantías pre-existentes. A tal efecto, el Artículo XXVI sustituye el Artículo 60(3) de la Convención que facilita una declaración sobre cómo una garantía pre-existente puede mantener su prioridad. España podía considerar así hacer una declaración en este sentido, es decir, una declaración bajo el Artículo 60(1) de la Convención en los términos del Artículo XXVI del Protocolo Ferroviario y a los efectos únicamente del material rodante ferroviario.

2. Declaraciones realizadas por España al Protocolo de Luxemburgo

91. En el marco de declaraciones posibles (y obligatorias) delineado en el apartado anterior, el instrumento de ratificación de España contiene finalmente cinco declaraciones, de las cuales una de ellas es la referida a Gibraltar, conforme al Artículo XXIV del Protocolo y otra la de identificación del mate-

⁶⁶ Declaraciones de la Unión Europea al Protocolo de Luxemburgo:

“(…)”

6. As far as the numbering system of vehicles is concerned, the Union has adopted, by way of Commission Decision 2006/920/EC, amended on 14 November 2012 by Commission Decision 2012/757/EU, a numbering system which is appropriate for the purpose of identification of railway rolling stock as referred to in Article XIV of the Rail Protocol. Furthermore, as far as data exchange between Member States of the European Union and the International Registry is concerned, the Union has made considerable progress by way of Commission Decision 2007/756/EC, amended on 14 November 2012 by Decision 2012/757/EU. Under that Decision, the Member States of the European Union have implemented National Vehicle Registers, and duplication of data with the International Registry should be avoided.”

rial rodante, conforme al Artículo XIV(2 y 3) y que se alinea con el sistema de numeración de vehículos y el sistema de intercambio de datos europeos. Nos detenemos en las otras tres.

92. A los efectos únicamente del material rodante ferroviario, España realiza una declaración bajo el Artículo 60(1) de la Convención en los términos del Artículo XXVI sobre las garantías pre-existentes. Así, España hace uso de la posibilidad que ofrece el Protocolo Ferroviario por un período de tres años. De esta forma, la Convención será aplicable a las garantías preexistentes sobre material rodante ferroviario, a los efectos de determinar la prioridad, el día siguiente al tercer aniversario de la fecha en que esta declaración entre en vigor.

93. Conforme al Artículo XIII, España designa como punto nacional de acceso el Registro de Bienes Muebles. Extiende así la decisión adoptada en el Protocolo Aeronáutico y opta por concentrar en el Registro de Bienes Muebles esta designación. Ciertamente, esto permite aprovechar la experiencia adquirida en la operativa del punto de acceso y centralizar la tramitación. Una dispersión por razones competenciales de puntos de acceso posibles, y cualquier referencia a la situación del equipo, habrían casado mal con la necesaria uniformidad sustantiva, la lógica del sistema de Ciudad del Cabo y la gestión preferiblemente centralizada de la tramitación de la inscripción con el Registro Internacional. Por otro lado, el hecho de que no se contara en relación con el material rodante ferroviario con un Registro de matriculación o de nacionalidad no es necesariamente un obstáculo, pues, a diferencia de otros Estados parte, España no había designado como punto de acceso al Registro de Matrícula de Aeronaves. Aunque podrá tener efectos, como veremos, en la determinación del factor de conexión para el acceso al punto de acceso.

94. No obstante la similitud de la decisión con el Protocolo Aeronáutico⁶⁷, la redacción de la declaración no es idéntica. Primero, en el caso del Protocolo Ferroviario, se califica el punto de acceso expresamente como autorizante (en el texto original en español del instrumento de ratificación), mientras que en el caso aeronáutico se expresa como “autorizará - podrá autorizar (para motores) – la transmisión”. Segundo, en el Protocolo Ferroviario se indica explícitamente que el Registro de Bienes Muebles será el punto de acceso “por medio del cual se transmitirá” la información necesaria al Registro Internacional. Esta redacción recoge literalmente el texto del propio Artículo XIII del Protocolo Ferroviario (“por medio de los cuales se transmitirá”). Sin embargo, la operativa con la que está funcionando actualmente el punto de acceso para objetos aeronáuticos, con la concesión de un código autorizante para la inscripción ulterior en el Registro Internacional por las partes (según corresponda) no responde a un modelo de tramitación directa o transmisión por medio del punto de acceso. No hay una transmisión a través del punto nacional de acceso y el punto nacional de acceso no es un usuario del Registro Internacional. En el caso del ferroviario, tanto el Protocolo, como la redacción disponible del Reglamento⁶⁸, avalan un modelo, de uso obligatorio o voluntario, pero de transmisión directa⁶⁹ de la información al Registro Internacional.

95. La redacción de la declaración avala un modelo obligatorio (“se transmitirá”) de inscripción mediante el punto nacional de acceso. Esto tiene varias implicaciones. Esta función de inscripción directa, que debería ser, naturalmente, electrónica, deberá coordinarse con el Registro Internacional mediante los correspondientes acuerdos (13.3 y 13.4 *Draft Regulations*). Una inscripción directa modifica el

⁶⁷ Declaración conforme al artículo XIX(1) del Protocolo Aeronáutico:

“El Registro de Bienes Muebles será el punto de acceso que autorizará la transmisión al Registro Internacional de la información necesaria para la inscripción con relación a las células de aeronaves o helicópteros matriculados en el Reino de España o en proceso de matriculación, y que podrá autorizar la transmisión de la mencionada información a dicho Registro con relación a los motores de aeronaves.”

⁶⁸ UNIDROIT, Preparatory Commission, Prep. Comm. Rail/9/Doc. 5/rev.1, April 2021.

⁶⁹ Draft Regulations for the International Registry (Article 17(2) (d) of the Convention on international interests in mobile equipment and the Luxembourg Protocol)

2.1.9. “Entry point” means an entity designated by a Contracting State as contemplated by Section 13.1 Article XIII (1) of the Protocol through which information required for registration under the Convention and the Protocol shall or may be directly transmitted to the International Registry and an “entry point user” means an official, employee, member or partner of an entry point.

protocolo de actuación del Registro de Bienes Muebles como punto nacional de acceso en el Protocolo Aeronáutico. Pero además y, sobre todo, plantea la cuestión del factor de conexión relevante puesto que, salvo un tratamiento expreso en otro sentido, una inscripción que no satisfaga las condiciones de la designación del punto de acceso (13.6 *Draft Regulations*) sería inválida.

96. Todo factor de conexión basado o relacionado con la situación del equipo se desvía de la lógica del sistema de Ciudad del Cabo que precisamente asume la movilidad de los equipos como un factor que hace inoperante e inadecuada la clásica *lex res sitae*. La situación del deudor como criterio general apuntaría la solución más coherente con el sistema uniforme.

97. La duda que genera la declaración conforme al Artículo XIII se refiere, sin embargo, a su segunda parte. La designación del punto de acceso se extiende también a los avisos de garantías nacionales. Esta posibilidad también está prevista en el Protocolo (Art. XIII(1)), pero con una clara limitación: “que no sea la inscripción de un aviso de una garantía nacional o de un derecho o garantía en virtud del Artículo 40, en uno u otro caso, que tengan origen en las leyes de otro Estado”. La redacción de la declaración, sin embargo, es de obligación (“será” y “se transmitirá”... también para los avisos de garantías nacionales) y la limitación se aplica mediante una “excepción a las garantías nacionales que tengan origen en leyes de otros Estados”. No es claro que sea la formulación óptima ni por la redacción, en forma de excepción, ni por la referencia expresa de los avisos de garantía nacional ante la ausencia de mención alguna de las garantías del Artículo 40. Este tenor genera ciertas dudas interpretativas porque parece alberga una intención específica al desviarse de la redacción del Protocolo.

98. Finalmente, España realiza una declaración conforme al Artículo XXV que de forma directa y escueta confirma que “seguirá aplicando sus normas jurídicas vigentes en relación con el material rodante ferroviario utilizado habitualmente para servicio público”. La intención es clara e incluso aporta cierta flexibilidad la declaración al pretender, en cierta medida, que el tratamiento como servicio público se corresponda con lo que en cada momento esté vigente sin identificar de forma estática y por anticipado los equipos así designados. El tenor de la declaración no se desvía del Artículo XXV(1), en principio, pero plantea la duda de en qué medida se espera que los Estados especifiquen en la declaración el “material rodante ferroviario para servicio público” de forma más concreta. Una concreción así (“equipos utilizados en el metro de Madrid”, por ejemplo, o “material rodante para servicios urbanos o interurbanos o de viajeros”), desde luego, favorecería a los acreedores, con mayor certidumbre, pero, por otro lado, generaría una rigidez inasumible de la declaración que tendría supuestamente que modificarse a lo largo del tiempo, según evolucione la normativa sobre “material rodante ferroviario utilizado habitualmente para servicio público”. Esta opción, consistente en modificar la declaración a lo largo del tiempo según la legislación nacional, no es viable, o, al menos, no es recomendable. La solución a esta situación podría ser que, con la declaración formulada con esta generalidad, la información sobre el “material rodante ferroviario para servicio público” tal y como se haya designado mediante el acto y en la forma que corresponda se transmitiría por el Estado parte al Depositario y UNIDROIT podría publicar esa información, no como declaración ni modificando aquella, sino con función informativa.

IV. Consideraciones finales

99. La decisión de España de ratificar el Protocolo Ferroviario permite extender a este sector los beneficios del ya vigente Convenio de Ciudad del Cabo en el sector aeronáutico. El liderazgo internacional de la industria española, la alta capacidad exportadora, la inminente liberalización de los servicios y la participación en consorcios internacionales para proyectos de infraestructura y prestación de los servicios avalan la oportunidad de tal decisión. En tal caso, la adhesión al Protocolo debe complementarse, además, con la adopción de otras medidas y acciones para completar progresivamente el proceso de implementación.

100. En primer lugar, la implementación de las declaraciones realizadas debe realizarse de modo que se logre su viabilidad y efectividad y, sobre todo, plena consistencia con el sistema de Ciudad del Cabo. Las declaraciones sobre el punto nacional de acceso y sobre material rodante para servicio público requieren cierta atención por las consideraciones mencionadas anteriormente.

101. En segundo lugar, sería oportuno aprovechar la oportunidad de la incorporación en el ordenamiento español del sistema uniforme para evaluar la conveniencia de alinear las normas nacionales con las internacionales, cuando sea necesario y en la medida en que la duplicación de soluciones, generales o sectoriales, no aporte ventaja alguna ni esté justificada.

102. Con ocasión de esta revisión del Derecho nacional interno, se podría abrir un proceso de análisis más completo y profundo de nuestro sistema de garantías mobiliarias e impulsar así un debate más amplio sobre la oportunidad y conveniencia de una reforma de mayor calado.

103. De igual modo, en el contexto de una modernización del sistema español de garantías, España debería considerar la conveniencia de la adhesión a otros Protocolos del Convenio de Ciudad del Cabo, en atención a la importancia estratégica que los respectivos sectores tienen en la economía española (espacial, minero, agrícola y construcción).

Las vías penal y civil para proteger al menor frente a supuestos de sustracción internacional. Su coexistencia en el espacio judicial europeo

The criminal and civil ways to protect the minor against international abduction. Its coexistence in the European judicial area

MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Extremadura*

ORCID ID: 0000-0003-1627-6725

Recibido:17.11.2022 / Aceptado:22.12.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7563

Resumen: La protección frente a la sustracción internacional de menores se articula a través de distintas vías. Los convenios internacionales y, más recientemente, los textos europeos tienen por objeto la regulación de instrumentos a través de los cuales se articula la protección civil. A través de ella se pretende la restitución del menor o, en su caso, el reconocimiento y/o ejecución de una decisión adoptada en otro Estado relativa a la responsabilidad parental. Junto a esta vía, las legislaciones nacionales contemplan el delito de sustracción internacional de menores, a través de la cual se articula la vía penal de tutela frente a este tipo de ilícitos. La coexistencia de ambas vías, cuya utilización es opcional y cumulativa, no está exenta de dificultades particularmente en aras al funcionamiento del espacio judicial europeo. Un espacio regido por los principios de igualdad y prohibición de discriminación, en el que la libertad de circulación y de residencia se configura como libertad básica y donde el principio de reconocimiento mutuo se configura como piedra angular del sistema de cooperación tanto en el ámbito civil como en el penal. Una aproximación a las cuestiones que suscita la coexistencia de esta doble vía de tutela en el espacio judicial europeo constituye el objeto del presente estudio.

Palabras clave: Sustracción internacional de menores, protección penal, protección civil, Unión Europea.

Abstract: Protection against international child abduction is articulated through different channels. The international conventions and, more recently, the European texts are intended to regulate the instruments through which civil protection is articulated. Through it, the restitution of the minor is sought or, where appropriate, the recognition and/or execution of a decision adopted in another State regarding parental responsibility. Along with this route, national legislation contemplates the crime of international child abduction, through which the criminal protection route is articulated against this type of crime. The coexistence of both channels, which use optional and cumulative, is not exempt from difficulties, particularly for the sake of the functioning of the European judicial area. A space governed by the principles of equality and prohibition of discrimination, in which freedom of movement and residence is configured as a basic freedom and where the principle of mutual recognition is configured as a cornerstone of the cooperation system in both the civil and social spheres. An approach to the issues raised by the coexistence of this double path of protection in the European judicial space is the object of this study.

Keywords: International Child abduction, criminal protection, civil protection, European Union.

Sumario: I. Introducción. II. La protección penal en los sistemas estatales. 1. El delito de sustracción internacional de menores. 2. El principio de reconocimiento mutuo en el ámbito penal. 3. El principio de libre circulación y residencia y la protección penal. III. La protección civil frente a los supuestos de sustracción internacional de menores. 1. Pluralidad normativa. 2. La acción de restitución. 2. El reconocimiento y ejecución en un Estado de decisiones adoptadas por autoridades de otro Estado. IV. Coexistencia de ambas vías. V. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. La creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea en el que se garanticen la libre circulación de personas y el acceso a la justicia requiere que, respetando los diferentes sistemas jurídicos y tradiciones de los Estados miembros, se refuerce la confianza mutua en los respectivos sistemas jurídicos. Con vistas a la realización de dicho objetivo, deben reforzarse los derechos de las personas en los procedimientos judiciales. La cooperación, civil y penal, a través de dos principios básicos, la armonización de legislaciones y el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales, se configuran como elementos claves. Junto a las libertades europeas, y a partir del principio de reconocimiento mutuo basado en la confianza mutua entre los Estados miembros, el nuevo modelo de cooperación judicial civil y penal en la Unión Europea conlleva un cambio radical en las relaciones entre los Estados miembros que se proyecta en las relaciones de tráfico externo. En este contexto, el presente trabajo trata de abordar la virtualidad de las soluciones adoptadas en aras a la tutela del menor frente a los supuestos de sustracciones internacionales.

2. La casuística de la sustracción internacional de menores en el mundo actual es muy amplia. La multiplicación de los supuestos resulta favorecida por múltiples factores, pero, además, los casos no se agotan en un modelo único y homogéneo. La eliminación de las fronteras, la proliferación de parejas mixtas y el desarrollo de vías de comunicación favorecen este tipo de actos. Actos que lejos de configurarse con un perfil único adoptan múltiples formas. En todos los supuestos la nota común es el traslado de un menor, realizado por un progenitor sin el consentimiento del otro, desde su Estado de residencia habitual a otro Estado distinto, impidiendo el desarrollo de la convivencia familiar. De este modo se lesiona el derecho del niño a relacionarse con ambos progenitores además de imposibilitar que el progenitor no sustractor pueda ejercer sus derechos y obligaciones y relacionarse con su hijo.

3. Tradicionalmente se consideró que el sujeto activo de este tipo de conductas era el titular del derecho de visitas, generalmente el padre, quien aprovechando el ejercicio de este derecho trasladaba o retenía ilícitamente al menor en un Estado distinto al de su residencia habitual, separándolo de su madre. En la actualidad, en cambio, no es este el supuesto más generalizado. Aunque todavía concurren, se introducen algunas variantes¹. Hoy, suele ocurrir que el padre no custodio sustrae a los menores con el fin de ejercer sobre la madre violencia de género, violencia vicaria². No obstante, no es la generalidad de los supuestos. Los supuestos que más comúnmente se verifican son aquellos en los que quien lleva a cabo la sustracción de los menores es la madre custodia. En muchos casos amparada por la necesidad de huir de situaciones de violencia de género vividas con el progenitor no custodio. En otros casos, los menos asiduos, la sustracción se produce cuando alguno de los progenitores, queriendo comenzar una

¹ I. REIG FABADO, “El traslado ilícito de menores en la UE. Retorno vs. Violencia familiar o Doméstica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (marzo 2018) vol.10 núm.1, pp. 610-619; M. J. CAÑADAS LORENZO, “La incidencia de la violencia de género en la sustracción internacional de menores” en *Jornadas de Unificación de Criterios en materia de Violencia de Género*, celebradas en Madrid en octubre de 2017. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-degenero/Actividad-del-Observatorio/Formacion/Jornadas-Unificacion-de-criterios-enmateria-de-Violencia-de-Genero--4-al-6-de-octubre-de-2017>; M. V. CUARTERO RUBIO, “La alegación de violencia doméstica en el proceso de restitución internacional de menores”, en M. T. MARTÍN LÓPEZ/J. M. VELASCO RETAMOSA (Coord.) *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, 2014, pp. 74-101; M. REQUEJO ISIDRO, “Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. 6, 2006, pp. 179-194; M. ESLAVA RODRÍGUEZ, “Secuestro internacional de menores y violencia doméstica”, *Manuales de formación continuada*, núm. 25, 2004, pp. 131-182.

² Vid., entre otros, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:13268A)

nueva vida en otro Estado³, no encuentra la comprensión necesaria en el otro para autorizar el traslado de los menores y decide llevarlo a cabo sin su consentimiento.

4. En todos los supuestos confluyen un cúmulo de intereses. De un lado, el interés del menor en el mantenimiento de la paz y la convivencia familiar y en su derecho a mantener relaciones personales con ambos progenitores. De otro, los intereses de ambos progenitores. Habiendo sido disuelto el vínculo matrimonial y atribuida la responsabilidad parental, el progenitor custodio estará interesado en el pleno ejercicio de los derechos y obligaciones que tiene atribuidas, así como, en los supuestos en los que concurra violencia, en la necesidad de protegerse frente a actos que atentan contra su dignidad y la de sus descendientes; o, en ocasiones, en el derecho a rehacer su vida y circular libremente. El progenitor no custodio, tendrá interés en seguir manteniendo las relaciones personales con su descendiente y puede temer que la distancia geográfica las impida o dificulte. Cuando la responsabilidad parental no está atribuida, al progenitor no sustractor le interesará que este extremo se resuelva por los órganos competentes del Estado de la residencia habitual del menor mientras que al progenitor sustractor le interesa la “legalización” del secuestro mediante el pronunciamiento a su favor de la custodia del menor por los órganos del Estado al que ha sido trasladado el menor.

5. Para la tutela de estos intereses se han articulado varios instrumentos que, además de disponer un ámbito de aplicación material y territorial diverso, responden a objetivos diferentes. El cambio en las circunstancias fácticas en los supuestos de secuestros internacionales de menores se proyecta en la ordenación de esta figura. Su desarrollo normativo es el resultado de su adaptación a la realidad de los supuestos regulados. A través de distintos instrumentos se configuran dos vías de tutela, penal y civil, cuyo ejercicio, si bien puede realizarse de forma cumulativa, no está exento de dificultades. En las siguientes páginas, a partir de los principales contenidos de los diferentes mecanismos articulados, trataremos de exponer algunas de estas dificultades.

6. De un lado, la protección civil ha sido configurada a través de mecanismos que tienen por objeto bien la restitución inmediata del menor bien la efectividad en otro Estado de la decisión vulnerada por la persona que lleva a cabo el secuestro. Su ordenación se ha llevado a cabo a través de la elaboración de convenios internacionales. En España, el Convenio de Luxemburgo de 1980 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales relativas al derecho de custodia y el restablecimiento del derecho de custodia (en adelante, CvL80)⁴, el Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante, CvH80)⁵, y el Convenio Hispano-marroquí de 1997⁶ integran el régimen convencional. El texto elaborado en el marco de la Conferencia de La Haya es la piedra angular del sistema y a partir del este texto el legislador nacional introdujo importantes cambios en la ordenación del procedimiento, aunque no resultaron satisfactorios⁷. Con posterioridad, se aprobó el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (en adelante, CvH96)⁸ y, en el marco europeo, del Reglamento 2201/03 sobre competencia, reconocimiento

³ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXII (2), 2010, p. 52.

⁴ Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, *BOE* núm. 210, de 1 de septiembre de 1984.

⁵ Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, *BOE* núm. 202, de 24 de agosto de 1987; corrección de errores en *BOE* núm. 155 de 30 de junio de 1989 y *BOE* núm. 21 de 24 de enero de 1996.

⁶ Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997 sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores. *BOE* núm. 150, de 24 de junio de 1997.

⁷ A. ALONSO CARVAJAL, “Sustracción interparental de menores”, en M^a JOSÉ VARELA PORTELA (Dir) *Separación y Divorcio, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006, pp. 363-393, especialmente, p. 375 ss

⁸ Vid. Decisión del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución

y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante, Reglamento 2201/03)⁹, que, aunque mantiene la aplicabilidad del Convenio del CvH80 entre los Estados miembros, introdujo modificaciones, fundamentalmente procedimentales, que también obligaron a adaptar la legislación española¹⁰. Más recientemente ha visto la luz el Reglamento 2019/1111 competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (en adelante, Reglamento 2019/1111)¹¹.

7. De otro lado, frente a los supuestos de sustracción internacional de menores la tutela civil no es la única. Los Estados contemplan en sus legislaciones penales el delito de sustracción de menores. Es lo que ocurrió en España tras la reforma operada por la Ley Orgánica 9/2002¹², en el artículo 225 bis Código Penal (en adelante, CP). Aunque territorialmente limitada y, en consecuencia, tratándose de sustracciones internacionales puede resultar menos efectiva, la persona que es víctima de este tipo de conductas puede denunciarlas ante las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado bien ante el juzgado o ante el Ministerio Fiscal. Se iniciaría así una andadura que, en el mejor de los casos, finalizará con un proceso penal en el que se sentenciará la condena del autor del secuestro.

8. Las posibilidades de trasladado son infinitas y ello justifica la intensificación de la cooperación internacional civil y penal. No obstante, en el presente trabajo centraremos nuestra atención en la virtualidad de los mecanismos articulados en el espacio judicial europeo. La coexistencia de dos vías paralelas lleva a plantearnos la relación existente entre ambas y determinar su efectividad en el contexto europeo, con los principios y libertades que lo rigen. Tras analizar las vías propuestas desde la perspectiva española, trataremos de determinar si la tutela alcanzada a través de los instrumentos articulados en el ámbito europeo resulta suficiente y garantiza el pleno ejercicio de las libertades que lo rigen o, por el contrario, conforman restricciones y, en su caso, si las mismas resultan o no justificadas y proporcionadas atendiendo a los fines perseguidos¹³.

II. La protección penal en los sistemas estatales

1. El delito de sustracción de menores

9. La sustracción de menores se configura, en la mayoría de los países de nuestro entorno, como ilícito penal, ubicado sistemáticamente en el marco de los delitos contra la familia. En España, por ejemplo, el tipo básico está integrado, conforme a lo dispuesto en el artículo 225 bis CP¹⁴, por el progenitor que sin causa justificada sustrae a su hijo menor bien mediante su traslado del lugar de su residencia sin el consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las que estuviese confiada su

y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, (*DOUE* núm. 48, de 21 de febrero de 2003) y la Decisión del Consejo, de 5 de junio de 2008, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, (*DOUE* núm. 151, de 11 de junio de 2008).

⁹ Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento 1347/2000. *DOUE* L 338, de 23 de diciembre de 2003, pp. 1-27.

¹⁰ El resultado de esta adaptación es la ordenación del procedimiento previsto en los artículos 778 quáter a 778 sexies de la LEC

¹¹ Reglamento (UE) 2019/1111, del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (*DOUE* L 178 de 2 de julio de 2019)

¹² A. ALONSO CARVAJAL, "Sustracción interparental de menores", (...), cit., p. 374-375

¹³ Véase la STS 1403/2021, de 23 de abril (ECLI:TS:2021:1403).

¹⁴ El precepto ha sido objeto de reciente reforma operada mediante el apartado veintinueve de la disposición final sexta de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia *BOE* de 5 de junio de 2021

guarda o custodia bien mediante su retención incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa. En línea similar el artículo 249 del Código penal portugués¹⁵, el artículo 573 del Código penal italiano¹⁶ o los artículos 227-6 a 227-8 del Código penal francés¹⁷.

10. Tradicionalmente la jurisprudencia menor ha exigido para la concurrencia del tipo del artículo 225 bis CP la existencia de una resolución judicial o administrativa que atribuyera la guarda o custodia del menor objeto de traslado o retención y que tal actuación fuera llevada a cabo por el progenitor no custodio. De este modo se justificaba la excepcionalidad de la vía penal que, a partir del principio de intervención mínima, articulaba una tutela específica y limitada a supuestos más estrictos o limitados que los previstos en el ámbito civil. No obstante, esta jurisprudencia mayoritaria se ha visto superada con la relativamente reciente sentencia del TS de fecha 23 de abril de 2021 en la que, a partir de una interpretación sistemática del precepto, concluye, entre otros aspectos, la incidencia en el mismo del Convenio de La Haya de 1980. *El delito de sustracción de menores previsto en el art. 225 bis, se configura como un tipo mixto alternativo, donde se contemplan sendas conductas típicas: trasladar y retener, pero una sola de ellas basta para configurar el delito y donde es indiferente que se realice una o ambas conductas en orden a su calificación; de modo que no parece criterio metodológico adecuado acudir a una solución que contemple únicamente la modalidad de retener y no permite identificar un bien jurídico común para la alternativa del traslado, donde la conducta se tipifica sin distinción alguna, tanto cuando la custodia se otorga por resolución judicial, cuando sin esa resolución judicial viene deferida por atribución o previsión legal*¹⁸.

11. Para valorar la concurrencia de los elementos del tipo penal hay que atender a la naturaleza del bien jurídico protegido. Su consideración, cuya concreción está reservada al legislador, constituye el elemento clave a la hora de determinar la respuesta penal adecuada atendidos los diferentes intereses implicados. No obstante, la cuestión no está exenta de debate ni jurisprudencial ni doctrinalmente¹⁹. Tradicionalmente se hace referencia como bien jurídico protegido al interés superior del menor²⁰. De

¹⁵ Lei n.º 94/2021, de 21/12 Artigo 249.º *Subtracção de menor. 1 - Quem: a) Subtrair menor; b) Por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a fugir; ou c) De um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento; é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias. 2 - Nos casos previstos na alínea c) do n.º 1, a pena é especialmente atenuada quando a conduta do agente tiver sido condicionada pelo respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos. 3 - O procedimento criminal depende de queixa.*

¹⁶ Artículo 573 CP: *Chiunque sottrae un minore, che abbia compiuto gli anni quattordici, col consenso di esso, al genitore esercente la ((responsabilita' genitoriale)) o al tutore, ovvero lo ritiene contro la volonta' del medesimo genitore o tutore, e' punito, a querela di questo, con la reclusione fino a due anni.. La pena e' diminuita, se il fatto e' commesso per fine di matrimonio; e' aumentata, se e' commesso per fine di libidine. Si applicano le disposizioni degli articoli 525 e 544.*

¹⁷ Artículo 227-6 “*Le fait, pour une personne qui transfère son domicile en un autre lieu, alors que ses enfants résident habituellement chez elle, de ne pas notifier son changement de domicile, dans un délai d'un mois à compter de ce changement, à ceux qui peuvent exercer à l'égard des enfants un droit de visite ou d'hébergement en vertu d'un jugement, d'une convention judiciairement homologuée ou d'une convention prévue à l'article 229-1 du code civil, est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.*”; Artículo 227-7 CP “*Le fait, par tout ascendant, de soustraire un enfant mineur des mains de ceux qui exercent l'autorité parentale ou auxquels il a été confié ou chez qui il a sa résidence habituelle, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.*”; artículo 227-8 “*Le fait, par une personne autre que celles mentionnées à l'article 227-7 de soustraire, sans fraude ni violence, un enfant mineur des mains de ceux qui exercent l'autorité parentale ou auxquels il a été confié ou chez qui il a sa résidence habituelle, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.*”

¹⁸ STS 1403/2021, de 23 de abril (ECLI:TS:2021:1403)

¹⁹ Vid, A.E. GUDÍN RODRÍGUEZ-MARIÑO, “El bien jurídico protegido del delito de sustracción de menores tras la reforma del artículo 225 bis por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio”, *Diario La Ley*, Nº 10052, Sección Tribuna, 20 de abril de 2022.

²⁰ SAP de Barcelona de 7 de febrero de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:4289), siguiendo lo dispuesto en la SAP de 2 de diciembre de 2019 y en resoluciones anteriores, afirma que “*el art. 225 bis*” *encuentra fundamento en la Carta Europea de Derechos del niño, aprobada por resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, norma que reconoce en su apartado 8.13 que en caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, al tiempo que insta a los Estados a adoptar todas las medidas oportunas para impedir el secuestro de los niños, su retención o no devolución ilegales. (...). El bien jurídico protegido por el artículo 225 Bis del CP no es otro que el derecho del menor a mantener su ámbito familiar afectivo, conservando en supuestos de crisis de pareja la relación de educación y*

este modo, el bien jurídico estaría constituido por el derecho del menor a desarrollarse en un ambiente estable y relacionarse con sus progenitores o, en su caso, el derecho a recibir la protección legalmente prevista para los casos de desamparo. Se trata, en definitiva, de proteger la dignidad de los menores, en particular en cuanto titulares del derecho fundamental a la estabilidad familiar, al equilibrio en su desarrollo psico-afectivo, lo que incluye los colaterales derechos a la relación parental y a su armónico desenvolvimiento, pero también el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos, así como a la propia Administración de Justicia y a las entidades públicas de protección de menores.

12. No obstante, la dicción literal del artículo 225 bis CP plantea algunas dudas interpretativas que han llegado a cuestionar este bien jurídico para afirmar que el interés superior del menor no es propiamente el bien jurídico protegido, si bien puede ser una pauta teleológica de interpretación del tipo del máximo interés. De este modo, el bien jurídico tutelado estaría conformado por los derechos de responsabilidad parental de los progenitores no sustractores, de las personas encargadas del cuidado del menor o de la Administración Pública en aquellos supuestos en los que el menor está a cargo de un centro o institución, siendo este último responsable de aquel. El menor no es objeto de protección directa por el tipo penal pero sí de manera indirecta en la medida en que los derechos de responsabilidad parental que se protegen se ejercen y redundan en su protección y beneficio.

13. En este contexto, la citada STS de 23 de abril de 2021, afirma que *se tutela la paz en las relaciones familiares conforme enseña su ubicación en el Código Penal, a través de un tipo penal que se configura como infracción del derecho de custodia, en directa inspiración, pero con autonomía propia, de la definición de secuestro ilícito recogida en el Convenio de la Haya de 1980, con el fin de evitar que la custodia sea decidida por vías de hecho, al margen de los cauces legalmente establecidos para ello. A partir de esta configuración, el artículo 225 bis CP sanciona la conducta del progenitor que desvincula al hijo de su entorno familiar para separarlo definitivamente del otro progenitor o para conseguir por vías de hecho la guarda y custodia, a espaldas de los cauces legalmente previstos. Las conductas sancionadas, con sustantividad y autonomía propias, pero a partir de las conductas de traslado o la retención de un menor que se consideran como ilícitas en el CvH80, pueden y deben entenderse entre las medidas que discrecionalmente incumbe a los Estados adoptar para garantizar el cumplimiento del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la esfera de las relaciones personales y familiares²¹; y en consecuencia, como efectivo elemento de disuasión de estas conductas, también y especialmente cuando el traslado o la retención conllevan el desplazamiento no consentido de la residencia habitual del menor a otro Estado.*

14. Junto al tipo básico la mayoría de los países europeos configuran un tipo agravado derivado de la internacionalización del secuestro²². Así, el artículo 227-9 del Código penal francés establece que *“Los hechos tipificados por los artículos 227-5 y 227-7 se castigan con tres años de prisión y multa de 45.000 euros: (...) 2º Si el hijo menor es detenido indebidamente fuera del territorio de la República.”* y el artículo 574 bis del texto italiano, bajo la rúbrica *“Sottrazione e trattenimento di minore all’estero”*, dispone que *“Salvo che il fatto costituisca piu’ grave reato, chiunque sottrae un minore al genitore esercente la responsabilità genitoriale o al tutore, conducendolo o trattenendolo all’estero contro la volontà del medesimo genitore o tutore, impediendo in tutto o in parte allo stesso l’esercizio della responsabilità genitoriale, e’ punito con la reclusione da uno a quattro anni. Se il fatto di cui al primo comma e’ commesso nei confronti di un minore che abbia compiuto gli anni quattordici e con il suo*

cariño hasta entonces llevada con ambos progenitores, así como a salvaguardar el marco geográfico en el que conformaba su desarrollo mediante un entramado de relaciones sociales, familiares, educativas o de esparcimiento, evitando que todo ello sucumba de manera mezquina en un ciego enfrentamiento propiciado por los desafectos de pareja y sin sujeción a la vía judicial legalmente establecida para -en supuestos de discrepancia-ponderar las circunstancias concurrentes y velar así por los derechos del menor”.

²¹ Un derecho también reconocido en el artículo 24 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea; y en el apartado 7 de la Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE C 241, de 21 de septiembre de 1992),

²² El acceso a la legislación de los Estados Miembros puede obtenerse a través de la Red europea de cooperación judicial penal en <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn2021/InfoAbout/EN>

consenso, si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni. Se i fatti di cui al primo e secondo comma sono commessi da un genitore in danno del figlio minore, la condanna comporta la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale". En la misma línea se incardina el artículo 235.2 del Código penal alemán²³ y, en España, el párrafo tercero del artículo 225 bis CP prevé que "*Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior*".

15. El agravamiento de la respuesta punitiva en los supuestos de sustracción internacional de menores se fundamenta en que tal actuación lesiona más intensamente el bien jurídico protegido porque el elemento internacional incorpora mayor dificultad al retorno del menor, para la vuelta a la situación anterior, configurándose las fronteras estatales en barreras entre padres e hijos, facilitando la ruptura de la relación entre el menor y el progenitor no sustractor, y por el peligro que puede suponer la aplicación de sistemas estatales más favorables a las intenciones del progenitor sustractor. La configuración de este delito tiene por objeto castigar específica y de forma autónoma, respecto a otros tipos delictuales, las conductas de los progenitores que sustraen a sus hijos y los trasladan a otros países sin el consentimiento del otro progenitor. Con ello se facilita la expedición de órdenes de detención internacional y las peticiones de extradición²⁴

16. En este contexto, la tutela penal tiene por objeto sancionar una conducta penalmente reprochable. El traslado a otro país tendrá como objetivo alejar al menor de su entorno habitual, intentando incluso borrar todo rastro para evitar su localización. Según sea a Estados con los que España haya celebrado acuerdos, la búsqueda del menor podrá ser más o menos complicada y en ello también influirá la decisión del progenitor secuestrador. Asimismo, influirá en esta última la posibilidad de que favorezca a sus intereses las decisiones que el Estado de destino pueda adoptar acerca de la custodia del menor²⁵. Dificultades que justifican la modalidad agravada.

17. En otras ocasiones, la razón de la agravación se ha fundamentado en la mayor dificultad para la localización y restitución del menor al hallarse fuera de España o, incluso, en las dificultades para hacer efectiva la decisión adoptada por las autoridades españolas. Tales justificaciones no tienen en cuenta, sin embargo, el grado de internacionalización de los supuestos²⁶. Desde esta perspectiva, como tendremos ocasión de exponer en los siguientes apartados, las soluciones en vía penal no solo no tienen en cuenta el nivel de integración jurídica alcanzado, sino que, en ocasiones, pueden constituir restricciones al pleno ejercicio de las libertades europeas. La coexistencia de la vía civil y penal para la protección de menores en el espacio judicial europeo requiere, a falta de armonización o unificación del tipo penal, la búsqueda de un equilibrio que, atendiendo a los intereses en juego, garantice, a partir del principio de intervención mínima, una respuesta penal adecuada destinada a sancionar aquellas conductas graves que atenten contra la estabilidad familiar de los menores.

18. Los supuestos de secuestro internacional de menores plantean, entre otras dificultades, su concreción. El tipo agravado concurre, en los términos del artículo 225 bis CP español, cuando se pro-

²³ El artículo 235 del Código Penal, titulado «Sustracción de menores», dispone en sus apartados 1 y 2: "*1) Será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa quien sustraiga o retenga, sin consentimiento de los progenitores o de uno de ellos o del tutor o curador: 1. a una persona menor de 18 años con fuerza, amenaza de daño grave o engaño; o 2. a un niño sin ser familiar suyo. 2) Será castigado con la misma pena quien, sin consentimiento de los progenitores o de uno de ellos o del tutor o curador: 1. Sustraiga a un niño para trasladarlo al extranjero, o 2. retenga en el extranjero a un niño después de haberlo trasladado allí o después de que el niño se haya desplazado allí.*"

²⁴ Vid. Recomendación del Defensor del Pueblo número 66/99 de 17 de noviembre

²⁵ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "Búsqueda de soluciones efectivas en un ámbito europeo e internacional a la sustracción del menor por uno de los padres", *Cursos de Derechos Humanos de Donostia – San Sebastián* (ed. SOROETA LICERAS, J.), vol. IV, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Guipúzcoa, 2003, p. 314.

²⁶ Debería construirse el tipo distinguiendo según la sustracción se lleve a cabo o no fuera de las fronteras de la Unión Europea, Vid., J.M. DE LA ROSA CORTINA, "El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia", Ponencia presentada en *Sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales y procesales*, del 21 al 23 de junio de 2017, pp. 1-88.

duce el traslado del menor fuera de España. A diferencia del secuestro interno, una interpretación literal del precepto excluye del tipo los supuestos de retención. Las dudas se suscitan en relación con aquellos casos en los que en un primer momento el traslado del menor fuera de territorio nacional se realiza lícitamente, con el consentimiento de la persona que ostenta la custodia del menor, pero posteriormente deviene ilícito²⁷. Limitándose el tipo agravado a la modalidad de traslado, la retención ilícita o la no devolución del menor no podría ser calificado como un supuesto de sustracción internacional de menores conforme al artículo 225 bis CP pues el traslado al extranjero se habría efectuado sin vulnerar las estipulaciones de la resolución judicial o administrativa o con el consentimiento del titular de la guarda o custodia. La posterior negativa a reintegrar al hijo menor llevando a cabo una retención en el extranjero, no sería punible conforme a esta modalidad agravada.

19. No es infrecuente, tampoco, el incremento de supuestos en los que el progenitor custodio quiera trasladarse, estando este traslado sometido al consentimiento del otro progenitor o a autorización judicial²⁸. Aunque no existe unanimidad en la doctrina penalista en este punto, el legislador español no puede calificar hechos acaecidos fuera de su territorio. Los principios de territorialidad y legalidad que rigen las normas penales informan la solución propuesta. Tal actuación deberá ser calificada como lícita o ilícita conforme a las normas penales del Estado al que fue lícitamente trasladado el menor para determinar si existe o no retención ilícita. No puede considerarse, como afirma un sector de la doctrina, que el traslado devino ilícito porque el consentimiento prestado estaba viciado y, como tal, fue nulo. Traslado y retención son dos actuaciones que el artículo 225 bis CP individualiza y solo el traslado que se lleva a cabo en territorio español puede ser una conducta reprochable penalmente por nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, en este marco, debemos tener en cuenta la doctrina sentada en la citada STS de 23 de abril de 2021 según la cual, el precepto citado sanciona la sustracción de menores y describe dos conductas alternativas que la integran. Se configura como un tipo mixto alternativo, donde se contemplan varias conductas, donde se contemplan sendas conductas típicas: trasladar y retener, pero una sola de ellas basta para configurar el delito y donde es indiferente que se realice una o ambas conductas en orden a su calificación. A partir de las previsiones contenidas en los textos convencionales, y contemplando como criterio finalístico el principio rector del interés superior del menor, el precepto sanciona las conductas que desvinculan al hijo de su entorno familiar para separarlo definitivamente del otro progenitor o para conseguir por vías de hecho la guarda y custodia, a espaldas de los cauces legalmente previstos. Otros ordenamientos, en cambio, no difieren el tipo de actuaciones que pueden ser calificadas como secuestro interno e internacional, a salvo la conexión con otro Estado.

20. A partir de un análisis sistemático, el TS también confirma la correlación existente entre el artículo 225 bis CP y el Convenio de La Haya de 1980 teniendo en cuenta otros elementos como la penalidad establecida. Siendo un umbral mínimo escasamente utilizado en nuestro Código se justifica para que en casos de degradación siempre sea posible la reclamación extradicional del acusado, pero con umbral máximo cercano para no desbordar la proporcionalidad punitiva de estas conductas. De este modo, junto al tipo básico, que no requiere el traslado más allá de las fronteras estatales, se añade una agravación específica cuando esto sucede que determina una pena de tres a cuatro años que, aunque degradada, permite la solicitud de extradición del progenitor sustractor. Afirma el TS que *“La pena conlleva pues, cierta gravedad, pero deviene consecuencia necesaria de una tutela efectiva por vía indirecta, de la estabilidad familiar de los menores, pues a pesar de las bondades del Convenio de La Haya de 1980, no siempre el derecho internacional privado resultaba eficaz para lograr la restitución del menor a su residencia habitual, finalidad primordial de este Convenio, de naturaleza procedimental, pues no permite entrar a valorar el fondo del asunto, es decir, con cuál de los progenitores el menor estaría mejor atendido; sólo atiende, salvo excepciones tasadas, a reponer la situación precedente a la sustracción, para encauzar por las vías legales establecidas, la cuestión de fondo sobre la custodia. De modo que el superior interés del menor se concreta en el Convenio de la Haya en conseguir el retorno del menor*

²⁷ J.M. DE LA ROSA CORTINA, “El delito de sustracción de menores: (...)”. cit., p. 50, nota. 57.

²⁸ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation* (...)”, cit., p. 52.

sustraído ilegalmente, lo antes posible, a su residencia habitual anterior al secuestro o sustracción, lo que se procura a través de la tutela del derecho de custodia establecido en su lugar de residencia antes de la sustracción, que en modo alguno queda decidido con la resolución que acuerda el retorno.”

2. El principio de reconocimiento mutuo en el ámbito penal

21. La armonización de legislaciones y el principio de reconocimiento mutuo constituyen ejes vertebrales a partir de los cuales se sustenta la creación de un espacio judicial europeo. En el ámbito penal, si bien la armonización de legislaciones no ha alcanzado un amplio desarrollo, el principio de reconocimiento mutuo, basado en la confianza recíproca entre los Estados miembros, se configura como piedra angular de la cooperación judicial. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 82 TFUE, en dicho principio se basa la cooperación judicial en materia penal. A partir de este principio se ha producido un auténtico cambio en las relaciones de cooperación entre los Estados miembros, al permitir que una resolución emitida por una autoridad judicial de un Estado miembro sea reconocida y ejecutada en otro Estado miembro, salvo cuando concurra alguno de los motivos que permita denegar su reconocimiento.

22. Este nuevo modelo de cooperación judicial conlleva un cambio radical en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea, al sustituir las antiguas comunicaciones entre las autoridades centrales o gubernativas por la comunicación directa entre las autoridades judiciales, suprimir el principio de doble incriminación en relación con un listado predeterminado de delitos y regular como excepcional el rechazo al reconocimiento y ejecución de una resolución, a partir de un listado tasado de motivos de denegación. Además, se ha logrado simplificar y agilizar los procedimientos de transmisión de las resoluciones judiciales, mediante el empleo de un formulario o certificado que deben completar las autoridades judiciales competentes para la transmisión de una resolución a otro Estado miembro.

23. Las medidas a través de las cuales se ha materializado el nuevo modelo de cooperación judicial en materia penal abordan diferentes ámbitos. Desde la orden de entrega y procedimientos de entrega entre Estados miembros, dotándolos de mayor rapidez y seguridad jurídica²⁹ al reconocimiento de decisiones en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, en cuya virtud se permite que una resolución condenatoria por la que se impone a una persona física una pena o medida privativa de libertad sea ejecutada en otro Estado miembro cuando ello contribuya a facilitar la reinserción del condenado³⁰. Más allá, la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección³¹, tiene por objeto extender la protección que a través de las medidas pertinentes haya impuesto la autoridad competente de un Estado miembro para proteger a una persona contra posibles actos delictivos de otra persona que puedan poner en peligro de cualquier modo su vida o su integridad física, psicológica o sexual —por ejemplo, impidiendo cualquier forma de acoso— o su dignidad o libertad personal —por ejemplo, impidiendo el secuestro, el acecho y cualquier otra forma de coerción indirecta—, así como a evitar nuevos actos delictivos o reducir las consecuencias de los cometidos anteriormente. Estos derechos personales de la persona protegida corresponden a valores fundamentales reconocidos y defendidos en todos los Estados miembros.

24. Se responde así a la necesidad de garantizar el pleno funcionamiento de los principios y libertades europeos. En un espacio común de justicia sin fronteras interiores es menester garantizar que la protección ofrecida a una persona física en un Estado miembro se mantenga y continúe en cualquier otro Estado miembro al que la persona vaya a trasladarse o se haya trasladado. Debe garantizarse asimismo que el ejercicio legítimo por parte de los ciudadanos de la Unión de su derecho a circular y a residir

²⁹ Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002 (*DOCE* núm. 190, de 18 de julio de 2002)

³⁰ Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008 (*DOUE* núm. 327, de 5 de diciembre de 2008)

³¹ *DOUE* núm. 338, de 21 de diciembre de 2011

libremente en el territorio de los Estados miembros en virtud del artículo 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del artículo 21 del TFUE, no vaya en menoscabo de su protección

25. En nuestro ordenamiento, el resultado de esta proliferación normativa ha sido la elaboración de la Ley 26/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la Unión Europea³². Conforme a lo dispuesto En su artículo 20 se relacionan una serie de delitos, entre los que se encuentra el secuestro, respecto de los cuales cuando una orden o resolución dictada en otro Estado miembro sea transmitida a España para su reconocimiento y ejecución, estos instrumentos no estarán sujetos al control de la doble tipificación por el Juez o Tribunal español, debiendo cumplir las condiciones exigidas por la Ley para cada tipo de instrumento de reconocimiento mutuo. En particular, estos instrumentos son la orden europea de detención y entrega y la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad o, en su caso, la resolución de libertad vigilada, la resolución sobre medidas de vigilancia de la libertad provisional o la orden europea de protección.

26. A partir de cuanto antecede, los mecanismos elaborados en el marco de la cooperación judicial penal vacían de contenido los temores frente a secuestros internacionales en el marco de la Unión Europea basados en las dificultades para la detención del progenitor sustractor, así como para hacer efectivas las decisiones penales frente a este tipo de conductas. Los instrumentos de reconocimiento mutuo previstos en la ley como el de orden de detención y entrega, de un lado, y el de la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad, de otro, son claves en la lucha frente a los secuestros internacionales de menores.

3. Las libertades garantizadas por el Derecho europeo como límite a la legislación penal de los Estados miembros

27. Al delimitar el tipo delictivo, aunque la legislación penal es competencia de los Estados miembros, esta debe ejercerse de acuerdo con las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho de la Unión, tanto originario como derivado. En este marco, el Derecho europeo impone límites a los Estados miembros en el ejercicio de aquellas competencias.

28. Los principios de igualdad y prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y, de otro, la libertad de circulación y de residencia inciden en nuestro ámbito de estudio. En la configuración del tipo penal, especialmente el tipo agravado, el legislador nacional debe proyectar los principios y libertades europeos. En su virtud, los nacionales y residentes en los Estados miembros gozan en cualquier otro Estado miembro de los mismos derechos que este último reconoce a sus nacionales. El Derecho europeo impide que un Estado miembro subordine la concesión de un derecho a una persona exigiéndole la concurrencia de un requisito que no se impone a sus nacionales. Estos principios despliegan sus efectos en el ámbito del Tratado, sin perjuicio de las disposiciones particulares en las que su aplicación se concreta en situaciones específicas como es el caso de las disposiciones relativas a las libertades de circulación o prestación de servicios. El principio de no discriminación se opone a que un Estado miembro, por lo que respecta a las personas a las que el Derecho comunitario garantiza la libertad de circulación y residencia, imponga limitaciones a esa libertad a través de su legislación penal³³.

29. El artículo 21 TFUE no solo reconoce el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, sino que también implica una prohibición de toda discriminación

³² Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (BOE núm. 282, de 21 de noviembre de 2014)

³³ Vid. SSTJUE de 2 de febrero de 1989, *Cowan*, as. 186/87, (ECLI:EU:C:1989:47), apartado 19; de 24 de noviembre de 1998, *Bickel y Franz* as. C274/96, (ECLI:EU:C:1998:563), apartado 17; de 28 de abril de 2011, *El Dridi* as. C61/11 PPU, (ECLI:EU:C:2011:268), apartados 53 y 54 y de 26 de febrero de 2019, *Rimšēvičs y BCE/Letonia* aacc. C202/18 y C238/18, (ECLI:EU:C:2019:139), apartado 57.

por razones de nacionalidad³⁴. En consecuencia, una normativa nacional que resulta desfavorable para determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercitado su libertad de circular y residir en otro Estado miembro constituye una restricción a las libertades que el artículo 21.1 TFUE reconoce a todo ciudadano de la Unión³⁵.

30. En este contexto, las normas penales sobre secuestro internacional de menores introducen una diferencia de trato en función de si el secuestrador es nacional o no del Estado miembro, afectando con ello a la libre circulación de los ciudadanos de otros Estados miembros. Se produce, por tanto, una restricción de la libertad que consagra el artículo 21 TFUE.

31. Esta problemática ha sido planteada con ocasión del asunto C-454/19³⁶. El TJUE, en su sentencia de fecha 19 de noviembre de 2020, resuelve la cuestión planteada por el Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de lo Civil y Penal de Heilbronn, Alemania) sobre la compatibilidad del artículo 235 del Código penal alemán con el artículo 21 TFUE y, en particular, con la Directiva 2004/38, que reconoce a los ciudadanos de la Unión un amplio derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, cuestionando si el Derecho europeo se opone a la aplicación de una norma penal nacional que, no diferenciando entre Estados miembros y terceros países, castiga la retención de un niño en el extranjero sin consentimiento de la persona que tiene atribuida la custodia.

32. La decisión del TJUE tiene su origen en un proceso penal incoado en Alemania contra ZW, de nacionalidad rumana y residente en Alemania, por la sustracción internacional de su propio hijo, AW, de nacionalidad rumana y residente con su madre en Alemania desde 2009. Sus progenitores están separados y su padre, también de nacionalidad rumana, vive en Rumanía. Problemas de comportamiento del menor justifican que fuera internado, con el acuerdo de sus progenitores, en un centro de acogida de menores en marzo de 2013. En 2014, por orden de un órgano jurisdiccional alemán, se retiró a los progenitores, entre otros extremos, el derecho a determinar la residencia del menor y, en su lugar, ese derecho fue atribuido a un “curador complementario” en virtud de una delegación parcial de la patria potestad denominada “curatela complementaria”. En diciembre de 2017, AW, que había regresado a casa de su madre tras varios internamientos fallidos en diversos centros de acogida de menores, fue trasladado a Rumanía por su padre, con el consentimiento de su madre. Actualmente vive en ese país. Puesto que los progenitores no habían informado al curador, al que se había atribuido el derecho a determinar la residencia del menor, el curador presentó denuncia contra los progenitores como coautores de la sustracción internacional de un menor. La madre es la acusada en el proceso principal.

33. Como hemos señalado con anterioridad, conforme al artículo 235.2 del Código penal alemán, la sustracción internacional de menores se castiga con una pena privativa de libertad de hasta cinco años o con una multa, independientemente de que el menor esté retenido en otro Estado miembro de la Unión o en un tercer Estado. En cambio, si la sustracción se comete dentro del territorio nacional, solo se castiga con arreglo al Código penal alemán si la persona en cuestión sustrae o retiene al menor por la fuerza, con amenaza de daño grave o mediante engaño. En este contexto, el tribunal remitente pregunta si la citada disposición es compatible con el Derecho de la Unión.

34. Tras reiterar que el Derecho de la Unión impone límites a la legislación penal, aunque esta sea competencia de los Estados miembros, atendiendo a las circunstancias del supuesto, el TJUE afirma que procede examinar la legislación nacional cuestionada a la luz del artículo 21 TFUE en cuya virtud no solo se reconoce el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros,

³⁴ SSTJUE de 12 de mayo de 2011, *Runevič-Vardyn y Wardyn*, as. C391/09, (ECLI:EU:C:2011:291, apartado 65; de 2 de junio de 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, as. C438/14, (ECLI:EU:C:2016:401), apartado 34.

³⁵ Entre otras, véase la STJUE de 14 de octubre de 2008, *Grunkin y Paul*, as. C353/06, (ECLI:EU:C:2008:559), apartado 21.

³⁶ STJUE de 19 de noviembre de 2020, *ZW*, as. C-454/19 (ECLI:EU:C:2020:947)

sino que también implica una prohibición de toda discriminación por razones de nacionalidad³⁷. Conforme a una reiterada jurisprudencia, una normativa nacional que resulta desfavorable para determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercitado su libertad de circular y residir en otro Estado miembro constituye una restricción a las libertades que el artículo 21 TFUE, apartado 1, reconoce a todo ciudadano de la Unión³⁸. En el supuesto, mientras el párrafo primero del artículo 235.1 impone una pena privativa de libertad de hasta cinco años o de una multa a quien sustraiga o retenga, sin el consentimiento de quien ostenta la custodia, a una persona menor de 18 años exigiendo, además, para la conformación del tipo la concurrencia de fuerza, amenaza de daño grave o engaño. En cambio, en su apartado 2, punto 2, prevé la imposición de la misma pena a quien retenga en el extranjero a un niño sin el consentimiento de los progenitores o de uno de ellos o del tutor o curador después de haberlo trasladado allí o después de que el niño se haya desplazado allí, aunque no medie fuerza, amenaza de daño grave o engaño.

35. La distinción según el menor es retenido en territorio alemán o fuera de él, en otro Estado miembro de la Unión en la configuración del tipo penal implica una diferencia de trato que puede afectar, restringiendo, la libre circulación de los ciudadanos de la Unión consagrada en el artículo 21 TFUE. Los ciudadanos, nacionales de otros Estados miembros de la Unión, que, en ejercicio de su libertad de circulación y residencia, sean residentes en Alemania, tienen más probabilidades de trasladar a sus hijos a los Estados miembros de los que son nacionales y retenerles en él, particularmente con ocasión del regreso a su Estado de origen. Conforme al artículo 235.2.2 CP alemán, su actuación configuraría un secuestro internacional de menores que no concurriría si el traslado de un lugar a otro se produce en territorio alemán porque no media fuerza, amenaza de daño grave o engaño en los términos del apartado primero del artículo 235.1.

36. Para definir el tipo agravado en las legislaciones nacionales se atiende a la internacionalización del secuestro de menores teniendo como único referente el Estado. Ello implica una merma de las libertades europeas, en particular, de la libre circulación y residencia reconocidas en el artículo 21 TFUE, al configurar como tipo agravado el traslado de menores de un Estado a otro del espacio europeo sin que exista justificación para ello a partir de las medidas de cooperación civil y penal articuladas en el marco del espacio judicial europeo.

37. Conforme a la jurisprudencia del TJUE, la restricción a la libertad de circulación y residencia podría justificarse si se basa en consideraciones objetivas y es proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional³⁹. La protección de los derechos del menor y la lucha contra las sustracciones internacionales de menores debido a las dificultades prácticas para conseguir la restitución de un menor retenido en el extranjero constituyen, según las alegaciones efectuadas por el Gobierno alemán en el asunto *ZW*, el fundamento del artículo 235.2 del código penal. En efecto, la protección de los menores justificaría, en principio, la restricción a la libertad de circulación y residencia prevista en el artículo 21 TFUE, en tanto que consideraciones objetivas de interés general⁴⁰. A falta de armonización europea en aras a garantizar la protección penal del interés del menor, los Estados deben actuar frente a los supuestos de sustracción internacional de menores. Ahora bien, la configuración del tipo penal debe ser proporcional, esto es, no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por la norma. La protección del menor y sus derechos frente al riesgo de sustracción requiere que la sustracción por un progenitor sea en todo caso un comportamiento reprochable penalmente, con independencia de otras circunstancias que rodeen el tipo. Esta proporcionalidad no parece concurrir en

³⁷ STJUE de 8 de junio de 2017, *Freitag*, as. C541/15, (ECLI:EU:C:2017:432), apartado 31 y jurisprudencia citada.

³⁸ SSTJUE de 14 de octubre de 2008, *Grunkin y Paul*, as. C353/06, (ECLI:EU:C:2008:559), apartado 21; de 22 de diciembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein*, as. C208/09, (ECLI:EU:C:2010:806), apartado 53; de 12 de mayo de 2011, *Runevič-Vardyn y Wardyn*, as. C391/09, (ECLI:EU:C:2011:291), apartado 68, y de 2 de junio de 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, as. C438/14, (ECLI:EU:C:2016:401), apartado 36

³⁹ STJUE de 12 de mayo de 2011, *Runevič-Vardyn y Wardyn*, as. C391/09, (ECLI:EU:C:2011:291), apartado 83 y jurisprudencia citada.

⁴⁰ STJUE de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien*, as. C244/06, (ECLI:EU:C:2008:85), apartado 36.

el código penal alemán en el que el legislador articula el sistema de protección reforzada basándose en las dificultades prácticas que plantea el supuesto de sustracción internacional de menores.

38. No es proporcionada, y va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido, la medida adoptada por el legislador nacional que, en aquellos supuestos en los que la retención de un menor en el Estado miembro no impone sanción penal, salvo que se realice por la fuerza; mientras que ese mismo hecho es sancionado penalmente cuando la retención se produce en otro Estado miembro. Tal y como está configurado el tipo en la norma alemana, el fundamento de la medida adoptada no es otro que la dificultad en obtener el reconocimiento, en otro Estado, de una resolución sobre custodia respecto del menor sustraído o, en su caso, la restitución del menor. Un fundamento que pone en cuestión no solo las medidas de cooperación penal internacional, a las que aludíamos en el apartado anterior, sino también las adoptadas a través del sistema de cooperación civil internacional articuladas, entre otros, en el marco del antiguo Reglamento 2201/2003 y actual Reglamento 2019/1111, a estas últimas nos referiremos seguidamente.

III. La protección civil frente a los supuestos de sustracción internacional de menores

1. Pluralidad normativa

39. Para luchar frente a los supuestos de sustracción internacional de menores la vía civil es la más utilizada en la medida en que presentan mayores ventajas tanto por la pluralidad de mecanismos como por su efectividad⁴¹. Una opción que ostenta el progenitor no sustractor consiste en instar, en el Estado al que ha sido trasladado el menor, el reconocimiento y ejecución de la resolución sobre derecho de custodia y visita dictada por las autoridades del Estado donde se encontraba el menor con anterioridad al traslado. Otra posible actuación consiste en plantear una acción directa de restitución del menor ante las autoridades competentes de su país de residencia habitual o del país en el que se encuentra el menor con posterioridad al traslado. Y, por último, puede iniciar un procedimiento relativo a medidas de protección de menores en el Estado al que ha sido trasladado el menor. La elección por una u otra opción se efectuará considerando cuál de ellas resulte más rápida en aras a garantizar la tutela del menor, teniendo en cuenta que en estas situaciones el trascurso del tiempo es un factor fundamental para evitar causar al menor más daño y su adaptación a la nueva situación. Tradicionalmente la acción de restitución ha sido la más utilizada por su agilidad mientras que la última opción resulta la menos garantista en orden a la tutela del interés del menor.

40. La ordenación jurídica de estos mecanismos se ha llevado a cabo, en un primer momento, a través de normas convencionales. Como decíamos, en 1980, en el marco del Consejo de Europa y de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, fueron elaborados los CvL 80 y CvH80. Junto a ellos ha coexistido el convenio bilateral hispano-marroquí y, posteriormente fue elaborado el CvH96 que suplementa y refuerza el CvH80 en determinados aspectos de tal modo que, en supuestos particulares, pueden ser útiles sus disposiciones como complemento del mecanismo configurado en este último texto. Asimismo, en países en los que este último texto no se aplique también puede ser de utilidad la ordenación de los supuestos de sustracción internacional de menores en el CvH96. En este marco, la competencia de los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor no solo proporciona seguridad a las partes y evita los intentos de *forum shopping* a través de la sustracción internacional de menores, sino que también constituye un instrumento para distinguir los aspectos relacionados con las cuestiones relativas a custodia y las relacionadas con la restitución⁴².

⁴¹ Junto a la vía civil la protección frente a la sustracción internacional de menores también se articula a través de la vía penal sin embargo ésta resulta menos eficaz en aras a la protección del interés del menor. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia internacional*, Madrid, 2004, pp. 357-360; M. HERRANZ BALLESTEROS, “Los desplazamientos ilícitos internacionales de menores. El caso Walid CH.: El recurso excepcional a los aspectos penales”, *R.J.E. La Ley*, 2000-1, pp. 1540-1544.

⁴² Véase, “Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños”, 2014, <https://assets.hcch.net/docs/68be6d4e-f4b8-4a8e-b041-faaa17efb050.pdf>; “Nota explicativa sobre cuestiones específicas del

41. De otra parte, el CVH96 contiene disposiciones para ordenar la restitución del menor en el marco del CvH80, pero condicionadas a la adopción de determinadas medidas necesarias para garantizar la restitución segura del niño y garantizar la protección ininterrumpida del niño en el Estado contratante requirente (hasta tanto las autoridades en el Estado contratante puedan actuar a los fines de proteger al niño). En este sentido, el Convenio de 1996 contiene un fundamento específico de competencia que, cuando el caso sea de urgencia, le permite al Estado contratante requerido adoptar “medidas de protección necesarias” respecto del niño. El Convenio de 1996 agrega a la eficacia de cualquier otra medida de protección ordenada al garantizar que dichas órdenes sean reconocidas de pleno derecho en el Estado contratante al cual se debe restituir al niño y sean ejecutorias en ese Estado contratante a petición de cualquiera de las partes interesadas (hasta el momento en que las autoridades en el Estado contratante requirente puedan fijar las medidas de protección necesarias). En los supuestos en los que los procedimientos de restitución adoptados en el marco del CvH80 estén pendientes de resolución, el artículo 11 del CvH96 prevé que cuando el Estado contratante de la residencia habitual del niño no está en condiciones de abordar la visita / contacto provisional y cuando el caso reviste carácter de urgencia, las autoridades del Estado contratante ante las que se sigue el procedimiento puedan expedir dicha orden. Orden que cesará cuando las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor hayan adoptado las medidas necesarias. Por último, para el reconocimiento del derecho de visita en el extranjero, en su artículo 35 prevé un mecanismo para que el progenitor que vive en un Estado contratante distinto del estado del niño pueda solicitar a las autoridades en su propio Estado recabar informaciones o pruebas y pronunciarse sobre la aptitud de este progenitor para ejercer el derecho de visita/contacto y sobre las condiciones en las que podría ejercerlo. Estas informaciones, pruebas o conclusiones deberán ser consideradas por las autoridades competentes al momento de adoptar una decisión relativa al derecho de visita/contacto respecto del niño⁴³.

42. En el ámbito europeo, la creación de un espacio de libertad, seguridad y de justicia en el que se garantice la libre circulación de personas requería la adopción de medidas de cooperación judicial en materia civil. El Derecho de familia, uno de los ámbitos en los que es fácil apreciar la existencia de importantes disparidades entre ordenamientos jurídicos nacionales, se configuró como uno de los principales objetivos. Varios fueron los instrumentos destinados a unificar el sistema de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de decisiones en el ámbito de litigios familiares, si bien ninguno de ellos ofreció una regulación exhaustiva de la sustracción internacional de menores. En un primer momento, el Reglamento 1347/2000⁴⁴, siguiendo la línea marcada por el Convenio de 28 de mayo de 1998⁴⁵, únicamente contenía un precepto relacionado con el secuestro internacional de menores⁴⁶. Posteriormente fue elaborado el citado Reglamento 2201/03 que, junto al mantenimiento de la competencia judicial internacional de los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor anterior al traslado en su artículo 10, contempló en su artículo 11 un conjunto de medidas que complementaban el ejercicio de la acción de restitución prevista en el CvH80 entre Estados miembro. Recientemente ha entrado en vigor el Reglamento 2019/1111 que deroga el anterior y entre sus novedades está la incorporación de un nuevo capítulo que aborda la sustracción internacional de menores.

Convenio de 19 de octubre de 1996”, en <https://assets.hcch.net/docs/26949177-c698-49dd-8b68-9ab4769bf8fc.pdf>, 2017, pp. 14-16

⁴³ Véase, “Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio (...)”, cit; “Nota explicativa sobre cuestiones específicas del Convenio (...)”, cit., pp. 14-16

⁴⁴ Reglamento 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (DOCE L 160, de 30 de junio de 2000).

⁴⁵ Convenio de 28 de mayo de 1998 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (DOCE C 221, de 16 de julio de 1998).

⁴⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, en A.L. CALVO CARAVACA/J.L. IRIARTE ANGEL (Dirs.) *Mundialización y familia*, 2001, pp. 222; En relación con el Convenio de 1998, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial*, DOCE C 221, de 16 de julio de 1998, pp. 41-42.

43. El nuevo texto reglamentario conserva la excepción a la regla general de competencia judicial internacional prevista en su artículo 7 al mantener el conocimiento de los litigios relativos a la responsabilidad parental, en su artículo 9, para los tribunales del Estado Miembro de la residencia habitual anterior al traslado ilícito, como hicieran sus antecesores. De otro lado, aboga por una solución pacífica de los conflictos⁴⁷ y, en este contexto, extiende las reglas de la *prorogatio fori* del art. 10 Reglamento 2019/1111 a los casos de sustracción internacional de menores, e introduce, como novedad, el recurso a la mediación y otros mecanismos alternativos para solventar los casos de sustracción internacional de menores.

44. Este nuevo capítulo III, en línea con los textos que le preceden, complementa el CvH80⁴⁸ e insta algunas particularidades procedimentales relativas a la tramitación urgente de las solicitudes de retorno por las Autoridades centrales⁴⁹; la ampliación a seis semanas por cada instancia para pronunciarse sobre la restitución⁵⁰; las previsiones sobre medidas cautelares durante y después del procedimiento de restitución⁵¹; la aclaración sobre la carga de la prueba de la adopción de medidas contra el grave peligro para el menor en la persona que solicita el retorno⁵² y la comunicación directa entre órganos jurisdiccionales y Autoridades Centrales a tal efecto⁵³.

45. Por último, consagra un sistema de eficacia extraterritorial de decisiones, en su capítulo IV, que incorpora el reconocimiento y ejecución automáticos de todas las resoluciones adoptadas por autoridades de Estados miembros y que, como veremos más adelante, incide favorablemente en nuestro ámbito de estudio. Además, prevé, en su capítulo VI, la posibilidad de cooperación y comunicación directas entre órganos jurisdiccionales, extensible a las medidas provisionales, incluidas las cautelares, del artículo 15 y al Capítulo III sobre el procedimiento de restitución⁵⁴

2. La acción directa de restitución

46. Regulada, fundamentalmente, en el CvH80, su principal objetivo consiste en devolver al menor a la situación anterior al traslado. En aquellos supuestos en los que se produce un traslado ilícito de un menor de dieciséis años desde el Estado de su residencia habitual a otro Estado Parte del Convenio, el texto convencional articula un mecanismo de cooperación internacional de autoridades e insta la posibilidad, para quien sostenga que el menor ha sido objeto de traslado ilícito, de ejercitar una acción directa de restitución o retorno inmediato.

47. La ilicitud del traslado requiere, de un lado, que se haya efectuado vulnerando un derecho de custodia atribuido, legal o judicialmente, en el Estado de residencia habitual del menor, y, de otro, que este derecho fuera ejercido de forma efectiva antes del traslado.

48. El principal objetivo del CvH80 es, con carácter general, que si antes del transcurso de un año desde que se produjo el traslado se ejercita la acción de restitución, las autoridades competentes del Estado al que ha sido trasladado el menor ordenen de forma inmediata, y conforme al procedimiento previsto en su legislación interna⁵⁵, el retorno del menor al Estado de su residencia habitual. No obstante,

⁴⁷ 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* (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, pp. 87-109

⁴⁸ Vid. cdo. 40.

⁴⁹ artículo 23 Reglamento 2019/1111

⁵⁰ artículo 24 Reglamento 2019/1111

⁵¹ Vid. artículo 27.2 y 5 Reglamento 2019/1111. Sobre las medidas cautelares en el texto europeo, véase, A.J. CALZADO LLAMAS, “Las medidas provisionales y cautelares en los procedimientos de restitución (...)”, cit.

⁵² artículo 27.3 Reglamento 2019/1111

⁵³ artículo 27.4 Reglamento 2019/1111

⁵⁴ Vid. artículo 86 Reglamento 2019/1111, en especial el apartado 2 b) y d).

⁵⁵ En España este procedimiento es el previsto en los artículos 778 quater a 778 sexies LEC

excepcionalmente, prevé la posibilidad de ordenar la no restitución cuando el retorno pueda perjudicar los intereses del menor⁵⁶.

49. El Reglamento 2201/03 complementó la regulación convencional para aquellos casos en los que el traslado ilícito de menores se produce entre Estados miembros de la Unión Europea introduciendo, en su artículo 11, algunas particularidades procedimentales en la regulación del ejercicio de la acción directa de restitución⁵⁷. Actualmente, el Reglamento 2019/1111 va más allá y dedica el Capítulo III, que comprende los artículos 22 a 29, a la ordenación de la sustracción internacional de menores.

50. La nueva normativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 22, también complementa, junto con las previsiones contenidas en el Capítulo VI del mismo texto legal⁵⁸, la regulación contenida en el Cv Haya 80. En ella se abordan los supuestos en los que una persona, institución u organismo que invoca una violación del derecho de custodia solicita, directamente o con la asistencia de una autoridad central, al órgano jurisdiccional de un Estado miembro que dicte con arreglo al texto convencional una resolución que ordene la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos. En particular, aborda la tramitación de solicitudes por las autoridades centrales, así como el procedimiento judicial acelerado a través del cual se sustanciará la demanda de restitución en el Estado miembro al que ha sido trasladado el menor. En su artículo 27, bajo la rúbrica procedimiento de restitución, el nuevo reglamento instaura, como señalábamos, algunas especialidades procedimentales tendentes a garantizar la protección del menor. Por último, los artículos 28 y 29 abordan, respectivamente, la ejecución de las resoluciones por las que se ordena la restitución del menor y el procedimiento siguiente a la denegación de la restitución. Se trata, en definitiva, de particularidades procedimentales que deben incorporarse a los procedimientos seguidos en los Estados miembros en orden a la resolución del ejercicio de acciones directas de restitución de menores que han sido objeto de traslados ilícitos entre Estados miembros.

51. A tenor de lo dispuesto en las normas reguladoras de la acción directa de restitución, su ejercicio no requiere, en todo caso, que el derecho de custodia vulnerado haya sido previamente atribuido mediante resolución judicial o administrativa con anterioridad al traslado⁵⁹. De hecho, suele ocurrir, que es con posterioridad al traslado cuando se resuelve acerca de la responsabilidad parental⁶⁰. En este marco, el artículo 9 del Reglamento 2019/1111 contiene, como también recogía su antecesor en el artículo 10, una medida preventiva para evitar la legalización de los secuestros⁶¹. Salvo que concurran las condi-

⁵⁶ Vid. artículos 12,13 y 20 Cv Haya 80

⁵⁷ Entre otros, vid., A. L. CALVO CARAVACA/J CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: una visión general”, en Y. GAMARRA CHOPO *El discurso civilizador en Derecho internacional: cinco estudios y tres comentarios*, 2011, pp. 115-155.; M. HERRANZ BALLESTEROS, “El Reglamento (CE) núm. 2201/2003. Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio judicial europeo”, *Aranzadi Civil*, núm. 2, 2004, pp. 2065-2085; M. SABIDO RODRÍGUEZ, “La sustracción internacional de menores en Derecho internacional privado español: Algunas novedades que introduce el Reglamento 2201/03”, *Anuario Facultad de Derecho*, vol. XXII, 2004, pp. 307-320.

⁵⁸ Capítulo que, integrado por los artículos 85 a 91, aborda las Disposiciones Generales.

⁵⁹ Vid. considerando 18 *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.*

⁶⁰ Entre otras, SAP de Barcelona 8805/2020, de 6 de octubre (ECLI:ES:APB:2020:8805).

⁶¹ Artículo 9: *Competencia en caso de traslado o retención ilícitos de un menor. Sin perjuicio del artículo 10, en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y:*

a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención, o bien

ciones expresamente contempladas en el precepto, se mantiene la competencia judicial internacional de los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor anterior al traslado para decidir acerca de la responsabilidad parental. Competencia que, con carácter general hoy consagra el artículo 7 del mismo texto legal. Sin embargo, como tendremos ocasión de exponer más adelante, la resolución de la responsabilidad parental tras la restitución del menor puede plantear algunos problemas de compatibilidad con las decisiones adoptadas por los tribunales nacionales que resuelven el ejercicio de acciones penales⁶².

52. Aunque el nuevo texto reglamentario complementa el ejercicio de la acción de restitución regulada en el Cv H80 cuanto el traslado se produce entre Estados miembros, los objetivos y finalidades que inspiran ambos textos introducen ciertas diferencias proyectadas en los logros alcanzados a través de ambos textos y, por ende, en los resultados de su aplicación. Si el texto convencional únicamente permite restituir al menor o, cuando concurren determinadas circunstancias, denegar la restitución, el Reglamento 2019/1111, en cambio, obliga a introducir mayor nivel de cooperación entre las autoridades competentes. No se trata solo de un mero procedimiento de restitución o, en su caso, denegación del retorno del menor a su Estado de residencia habitual. Incluso en este último caso, la consolidación del espacio judicial europeo obliga a introducir algunas singularidades y a elevar el nivel de cooperación entre las autoridades de los Estados miembros.

53. Aun considerando la posibilidad de denegar la restitución del menor únicamente sobre la base del artículo 13, párrafo primero, letra b), del CvH80, la autoridad competente no debe denegarla si la parte que solicita la restitución del menor demuestra al órgano jurisdiccional, o si a este le consta de otro modo, que se han tomado las disposiciones adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución⁶³. De otro lado, cuando ordene la restitución del menor, el órgano jurisdiccional podrá dictar medidas provisionales, incluidas medidas cautelares con arreglo al Reglamento, que considere necesarias a fin de proteger al menor del grave riesgo de daño físico o psíquico que pueda suponer la restitución y que, de otro modo, daría lugar a la denegación de la restitución. Estas medidas provisionales y su circulación no deben retrasar el procedimiento de restitución, ni pueden afectar a la delimitación de las respectivas competencias del tribunal que conoce de la restitución y del tribunal del Estado de la residencia habitual del menor con anterioridad al traslado para conocer del fondo de la responsabilidad parental. Asimismo, el tribunal del Estado al que ha sido trasladado el menor y que decide sobre su restitución debe poder consultar, en caso necesario, a los órganos competentes del Estado de la residencia habitual del menor⁶⁴.

54. De este modo el Reglamento 2019/1111 garantiza la coexistencia, en el espacio judicial europeo de dos decisiones que pudieran resultar inconciliables entre sí, una relativa a la responsabi-

b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor;

ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo fijado en el inciso i),

iii) que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro haya denegado una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia por motivos distintos de los contemplados en el artículo 13, apartado 1, letra b), o el artículo 13, apartado 2, del Convenio de La Haya de 1980 y que la resolución ya no sea susceptible de recurso ordinario;

iv) que no se haya acudido a ningún órgano jurisdiccional según lo dispuesto en el artículo 29, apartados 3 y 5, en el Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos;

v) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre los derechos de custodia que no implique la restitución del menor.

⁶² Vid. *infra* apartado IV

⁶³ Cdo. 45

⁶⁴ Cdo. 46

lidad parental y otra que resuelva acerca de la acción de restitución del menor denegándola. Junto al establecimiento de mecanismos de cooperación entre autoridades⁶⁵, en caso de dictarse resoluciones incompatibles entre sí, el Reglamento se pronuncia a favor de la resolución que resuelva sobre el fondo del derecho de custodia e implique la restitución del menor. Decisión que será reconocida y ejecutada en cualquier otro Estado miembro sin necesidad de procedimiento especial alguno⁶⁶.

3. Reconocimiento y ejecución de decisiones

55. La atribución de la custodia en el Estado de la residencia habitual del menor a favor del progenitor no sustractor le permite recurrir como vía de protección frente al secuestro al reconocimiento y ejecución de la decisión extranjera en el Estado al que ha sido trasladado el menor ilícitamente. Tradicionalmente esta vía se regulaba a través del CvL80 cuando los Estados implicados eran Parte del texto convencional. Su aplicación práctica fue muy escasa no solo por su limitado ámbito de aplicación territorial, sino también por la escasa efectividad de los mecanismos previstos en aras a garantizar la tutela del menor⁶⁷.

56. Tras la aprobación del Reglamento 2201/03, que hace inaplicable el texto convencional en las relaciones entre Estados miembros, esta vía presentó mayor operatividad. El texto europeo consagró un sistema de reconocimiento y ejecución automática para las resoluciones relativas al derecho de visitas; y las decisiones de restitución de un menor como consecuencia de una resolución que ordene dicha restitución con arreglo al artículo 11.8 del mismo texto legal⁶⁸. Resoluciones que debían certificarse, previo cumplimiento de los exigidos, por el órgano de origen de conformidad con el Reglamento y, una vez certificadas debían ser reconocidas y gozar de fuerza ejecutiva en cualquier Estado miembro sin procedimiento alguno y sin que fuera posible impugnar su reconocimiento.

57. Actualmente, en el Reglamento 2019/1111 la confianza mutua en la administración de justicia dentro de la Unión justifica el establecimiento de un sistema en cuya virtud todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental dictadas en un Estado miembro sean reconocidas en todos los Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno. En particular, cuando les sea presentada una resolución dictada en otro Estado miembro que otorgue la responsabilidad parental y contra la que ya no quepa recurso en el Estado miembro de origen, las autoridades competentes del Estado miembro requerido deben reconocer la resolución por ministerio de la ley sin necesidad de procedimiento adicional alguno. No obstante, ello no impide que cualquier parte interesada pueda solicitar que se dicte una resolución en la que se declare que no concurren los motivos de denegación del reconocimiento que se recogen en el Reglamento.

58. El Reglamento 2201/03, como hemos expuesto, estableció el sistema de ejecución automática para determinadas resoluciones de concesión de derechos de visita y resoluciones que implican la restitución del menor. El nuevo Reglamento, en su capítulo IV, que comprende los artículos 30 a 75, va más allá⁶⁹. Con el objetivo de hacer que los litigios transfronterizos que afectan a menores sean menos prolongados y costosos, lo extiende a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, conservando al mismo tiempo un trato aún más favorable en relación con determinadas decisiones que

⁶⁵ Cdos. 49 a 51

⁶⁶ Cdos. 48 y 52

⁶⁷ Vid. A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: una visión general”, (...), cit, p. 118.

⁶⁸ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: una visión general” (...), cit., pp. 147-150; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso *Rinau*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2010), Vol. 2, Nº 2, pp. 222-235; M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro Estado miembro”, *Diario La Ley*, núm. 7066, año XXIX, 28 noviembre 2008, D-343, pp. 1519-1527.

⁶⁹ Cdo. 73

reconocen derechos de visita y determinadas resoluciones que implican la restitución del menor. Estas últimas deben certificarse, a instancia de parte, por el tribunal de origen si cumple las condiciones exigidas en el artículo 47 del texto europeo. El trato privilegiado que les otorga el nuevo reglamento consiste en que el único motivo de denegación del reconocimiento y ejecución que se contempla para tales resoluciones es el de la inconciliabilidad con una resolución posterior en los términos del artículo 50 del mismo texto legal.

59. Frente a la escasa efectividad de esta vía en los instrumentos que le preceden, el nuevo texto presenta mayor virtualidad. En este punto, debemos tener en cuenta, además que a partir del principio de confianza mutua, y teniendo en cuenta que el principal objetivo del texto europeo es facilitar el reconocimiento y la ejecución y proteger de forma eficaz el interés superior del menor, los motivos de denegación del reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario. El propio reglamento establece una lista exhaustiva de los motivos de denegación. El reconocimiento de una resolución únicamente debe denegarse en caso de que concurran uno o varios de los motivos relacionados en ella.

60. En este contexto, dado que en materia de responsabilidad parental, la ejecución siempre afectará a un menor, el objetivo primordial debe ser lograr el equilibrio adecuado entre, por una parte, el derecho del demandante, como principio, a obtener la ejecución de una resolución con la mayor rapidez posible también en los asuntos transfronterizos dentro de la Unión y, en caso necesario, también mediante la aplicación de medidas coercitivas, y, por otra, la necesidad de limitar en la medida de lo posible la exposición del menor a medidas de ejecución coercitivas que pueden resultar traumáticas. Esta valoración debe ser realizada por las autoridades competentes para la ejecución y los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro a la luz de cada caso concreto.

61. En casos excepcionales, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional tienen la facultad de suspender el procedimiento de ejecución en caso de que esta implique exponer al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada, o debido a cualquier otro cambio significativo de circunstancias. La ejecución debe reanudarse tan pronto como deje de existir el riesgo grave de daño físico o psíquico. No obstante, si el riesgo persiste, antes de denegar la ejecución deben tomarse las medidas oportunas, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, incluso, cuando proceda, con la asistencia de otros profesionales pertinentes, a fin de velar por la ejecución de la resolución. En particular, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, las autoridades competentes para la ejecución o el órgano jurisdiccional deben tratar de superar los obstáculos generados.

IV. Coexistencia de las vías civil y penal articuladas frente a los supuestos de sustracción internacional de menores

62. El traslado ilícito de un menor del Estado de su residencia habitual a otro Estado puede poner en marcha un complejo entramado de medidas tanto de naturaleza penal como de índole civil. De un lado, su aplicación práctica, si no se adoptan las medidas adecuadas, puede plantear algunos problemas de compatibilidad. De otro, la pluralidad de intereses que confluyen en este tipo de supuestos unida a la diversidad de perfiles que estos presentan, dificultan la búsqueda de una solución uniforme. En todo caso, con arreglo a lo que hemos señalado en las páginas anteriores, la protección del interés del menor se configura como el objetivo básico de tutela.

63. El ejercicio de la acción penal frente a la sustracción internacional de menores en el Estado de residencia habitual del menor no impide que, conjuntamente, se ejercite la acción civil de restitución del menor y, una vez que se ordena esta última, los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor deban resolver acerca de la responsabilidad parental. El riesgo de que las decisiones adoptadas por ambos órdenes jurisdiccionales sean inconciliables es evidente; más aún, cuando los Estados en los

que se dictan son diferentes. Es lo que ocurrió en el célebre caso Juana Rivas⁷⁰. El Juzgado de lo Penal de Granada, y posteriormente en apelación la Audiencia Provincial de Granada⁷¹, competente *ex* artículo 23 LOPJ, resolvió el secuestro internacional de los menores y, conforme al artículo 225 bis CP, aplicó la pena prevista para el delito de sustracción de menores que, junto con la privación de libertad dispone la privación para el ejercicio de la patria potestad. Por su parte, los tribunales italianos, competentes con base en el artículo 8 del Reglamento 2201/03 para dilucidar acerca de la responsabilidad parental, dictaron una sentencia, en la que, si bien atribuye al padre el *affidamento esclusivo* y la *collocazione* de los dos hijos de la pareja, no se priva a la madre del ejercicio de la *responsabilità genitoriale*. Existen, por tanto, dos sentencias contradictorias, una española, dictada en el orden penal, y otra italiana, proveniente de un juzgado de familia.

64. La posibilidad de acumular ante un único tribunal las acciones penales y civiles derivadas de una conducta punible sería una posible solución que ha tenido acogida en otras materias⁷². Con ello no solo se evitan decisiones contradictorias, sino que se atiende a criterios de economía procesal, se favorece la tutela protección del menor, así como el reconocimiento y ejecución de la decisión en otro en Estado miembro. Junto a la necesidad de instaurar un nuevo foro de competencia judicial internacional en el marco del Reglamento 2019/1111 que permitiera tal acumulación, sería necesario contemplar la necesidad de recurrir a la *lex fori* para determinar la posibilidad de acumular la acción civil y penal, así como establecer el régimen y las condiciones de coexistencia del desarrollo conjunto de la acción punitiva y la acción civil ante el juez penal.

65. La coexistencia de dos procesos abiertos que pueden dar lugar a decisiones inconciliables hace cuestionarnos si fuera viable la posibilidad de plantear la excepción de prejudicialidad penal del 40 LEC, dando lugar a la suspensión del proceso civil. En este punto, no obstante, debemos distinguir varios supuestos. En primer lugar, la relación entre la acción civil de restitución o de reconocimiento y la acción penal frente al secuestro internacional de menores. La celeridad que caracteriza la primera acción y el contenido de sus pronunciamientos no plantea ningún problema de prejudicialidad entre ambas acciones. Sin embargo, en segundo lugar, no ocurre lo propio respecto a la acción civil relativa a la determinación de la responsabilidad parental y la acción penal. La decisión que resuelve el procedimiento civil puede entrar en contradicción con la adoptada en el procedimiento penal. Fue lo que ocurrió, como hemos expuesto, en el caso de Juana Rivas. El tribunal penal puede condenar privando del ejercicio de la patria potestad mientras que el tribunal civil podrá decidir otorgando la responsabilidad parental.

66. Conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, al regular la prejudicialidad penal en un procedimiento civil, la LEC distingue, con carácter general, entre hechos con apariencia delictiva y prejudicialidad penal propiamente dicha señalando el art. 40.2, como principio general, que no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurren las siguientes circunstancias, que se tienen que dar conjuntamente: 1.^a Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil. 2.^a Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil. A su vez, caso de que concurren tales requisitos, los apartados 3º y 4º del artículo 40.2 LEC distinguen dos momentos procesales diferentes para acordar la suspensión del procedimiento civil por prejudicialidad penal: como regla general, la suspensión se acordará por auto cuando el procedimiento únicamente esté pendiente de sentencia; y como excepción, la suspensión será inmediata cuando la presunta actividad delictiva relacionada con el proceso civil afecte a la falsedad de alguno de los documentos aportados al pleito⁷³.

⁷⁰ J MARTÍNEZ CALVO/M J^a SÁNCHEZ CANO, Estatuto jurídico del caso Juana Rivas y Francesco Acuri desde la perspectiva del Derecho internacional privado y del Derecho civil, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2020), Vol. 12, N° 1, pp. 728-762

⁷¹ SAP de Granada en sentencia de fecha 7 de marzo de 2019 (ECLI: ES:APGR:2019:25)

⁷² Véase artículo 7.3 Reglamento 1215/12

⁷³ ATS de 24 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:7991A)

67. En nuestro ámbito de estudio, no concurre la “influencia decisiva”. Si bien los tribunales civiles deben partir de los hechos declarados probados por las resoluciones firmes dictadas por tribunales de la jurisdicción penal, y, en especial, no pueden basar su decisión en la existencia de unos hechos que una sentencia penal haya declarado inexistentes, sin embargo, ello no impide que en cada jurisdicción haya de producirse un enjuiciamiento y una calificación en el plano jurídico de forma independiente y con resultados distintos si ello resulta de la aplicación de los criterios de valoración propios de una y otra jurisdicción y de los diferentes principios que informan el proceso civil y el proceso penal, o, más exactamente, el ejercicio privado de los derechos y el ejercicio del *ius puniendi*⁷⁴. En este marco, mientras que la declaración de unos hechos como delito de sustracción internacional de menores conllevará una condena penal para su autor, en el ámbito civil estos mismos hechos darán lugar a una decisión de retorno, cuando se ha ejercitado la acción directa de restitución y, para el supuesto de ejercer la acción de responsabilidad parental, aquella decisión podrá condicionar la resolución de esta última. Condicionamiento que podrá realizarse, incluso, con posterioridad a su pronunciamiento, esto es, cuando resolviéndose con posterioridad el proceso penal la decisión que lo resuelva sirva de fundamento para modificar la decisión que en su momento se adoptó en el proceso civil. La sentencia penal introduce un cambio en las circunstancias que dieron lugar al pronunciamiento civil que justificaría una modificación de las medidas adoptadas en el mismo a través de un nuevo procedimiento.

V. A modo de conclusión

68. La tutela del menor constituye el objetivo central en torno al cual giran un conjunto de instrumentos de distinta índole. En el espacio judicial europeo coexisten dos vías de protección. Una, la protección civil articulada a través de distintos convenios y reglamentos que tienen por objeto la restitución del menor que ha sido sustraído ilícitamente de su país de residencia habitual a otro Estado miembro o, en su caso, el reconocimiento y/o ejecución en un Estado de la decisión adoptada en otro Estado miembro distinta bien relativa a la responsabilidad parental bien a la restitución del menor. Junto a esta vía, las legislaciones nacionales contemplan el delito de sustracción internacional de menores, a través de la cual se articula la vía penal de tutela frente a este tipo de ilícitos. La utilización de estas vías de tutela es opcional y cumulativa, lo que implica la coexistencia de ambas vías. Coexistencia que suscita algunas dificultades.

69. A falta de armonización europea en el ámbito penal, la diversidad de legislaciones dificulta la plena realización de las libertades europeas. En particular, al configurar el tipo agravado como el traslado de menores de un Estado miembro a otro, las legislaciones nacionales pueden constituir una restricción a la libertad de circulación y de residencia siempre que la misma no resulte justificada ni sea proporcional al objetivo perseguido por la norma que no es otro que la protección de los derechos del menor sustraído. En este contexto debe tenerse en cuenta que, a pesar de la falta de armonización, el principio de reconocimiento mutuo se configura como piedra angular del sistema de cooperación tanto en el ámbito civil como en el penal.

70. La coexistencia de ambas vías implica, en ocasiones, el desarrollo de procedimientos paralelos en distintos Estados miembros y ante jurisdicciones diferentes a través de los cuales se adopten decisiones que puedan resultar contradictorias. El Derecho internacional privado, teniendo en cuenta los diferentes principios que informan el proceso civil y el proceso penal, ofrece los instrumentos necesarios para arbitrar soluciones en el marco del proceso civil en el espacio judicial europeo que garanticen la tutela de los intereses presentes y, en particular, la protección del menor sustraído ilícitamente.

⁷⁴ STS de 2 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2150)

Información engañosa al inversor. De nuevo sobre la localización del daño puramente financiero*

Misleading information and investors. Back to the localisation of the financial damage

SARA SÁNCHEZ FERNÁNDEZ

*Assistant Professor.
IE Law School-IE University*

Recibido:08.09.2022 / Aceptado:17.11.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7564

Resumen: El elemento fundamental de la normativa del mercado de valores es la transparencia. Cuando las obligaciones de información se incumplen, los inversores pueden sufrir un daño puramente financiero, que es inmaterial y, por tanto, difícil de localizar. Este trabajo aborda la dinámica que da lugar al daño en ilícitos del mercado de valores como fundamento para la correcta localización de este en supuestos transfronterizos. Sobre esta base, se analiza la jurisprudencia del TJUE relativa al art. 7.2 del Reglamento Bruselas I bis y, en particular, la reciente sentencia en el asunto VEB, que parece indicar un cambio de orientación hacia la localización del daño en el mercado afectado. Por último, se discute la posible extensión de las conclusiones al ámbito de la ley aplicable de acuerdo con el art. 4.1 del Reglamento Roma II.

Palabras clave: Daño financiero, mercado de valores, información engañosa, competencia judicial internacional, ley aplicable.

Abstract: The pivotal element of capital markets regulation is disclosure. Where misleading information is disseminated, investors may suffer a pure economic loss, which is immaterial and, thus, difficult to locate. This paper covers the dynamics between information, price and damage in capital markets as the fundamental element to correctly locate financial loss in cross-border scenarios. On this basis, I analyse the CJEU case law on the interpretation of art. 7.2 Brussels I bis Regulation, in particular the latest judgment VEB, which apparently turns to a market-oriented location of the damage. Lastly, I discuss whether the conclusions may be extrapolated to the determination of the law applicable under art. 4.1 of Rome II Regulation.

Keywords: Financial damage, capital markets, misleading information, international jurisdiction, law applicable

Sumario: I. Introducción. II. Daño puramente financiero en el mercado de valores. 1. Obligaciones de transparencia, precio y daño. 2. Responsabilidad civil en supuestos transfronterizos. A) Calificación. B) Criterios de conexión. II. RBI bis y localización del daño financiero en la jurisprudencia del TJUE. 1. El papel del domicilio de la víctima. 2. Otros criterios de conexión: la cuenta bancaria del inversor y “el resto de circunstancias”. A) *Kolassa*: el domicilio del inversor y su cuenta bancaria a) El hecho generador del daño. b) Materialización del daño. B) *Universal Music y Löber*: “las circunstancias particulares”. 3. El papel de la información en la sentencia en el asunto VEB. A) Las diferencias con *Kolassa* y *Löber*. B) La distribución de la información no es una “circunstancia particular” más. C) ¿Un nuevo criterio de conexión? D) Una solución también para el mercado primario. E) Un criterio de conexión complementario. IV. Lecciones en materia de ley aplicable. V. Conclusiones.

* Este trabajo se enmarca dentro de las actividades de investigación de la Cátedra Pérez-Llorca/IE de la Escuela de Derecho de IE Universidad”.

I. Introducción

1. La normativa del mercado de valores pivota sobre una pieza esencial: la información. Los textos legislativos, casi en su totalidad de origen europeo, establecen una serie de obligaciones de transparencia para los emisores de valores con el fin de proteger el funcionamiento del mercado y a los inversores que adquieren en él. Así, por ejemplo, se establecen obligaciones de información en el momento en que se ofrecen los valores al público o se solicita la admisión en un mercado regulado y, cuando ya han sido admitidos, se exige la publicación de información privilegiada o la publicación periódica de los informes financieros del emisor.¹

2. En ocasiones, los inversores que adquieren y venden valores en el mercado lo hacen confiando en una información que, posteriormente, se demuestra engañosa. Como consecuencia de ello, los valores se deprecian y los inversores sufren un daño financiero, ie la diferencia entre el precio distorsionado por la información engañosa y el precio corregido posteriormente. El Derecho nacional de los Estados miembros prevé un régimen de acuerdo con el cual estos pueden lograr la compensación del daño.²

3. En un contexto internacional, en el que por ejemplo una sociedad ofrezca los valores en más de un Estado o estos estén admitidos a negociación en más de un mercado nacional, los inversores se enfrentan, fundamentalmente, a dos cuestiones. Necesitan saber, de un lado, ante qué tribunales nacionales pueden ejercitar la acción de compensación del daño sufrido y, de otro, qué ley rige su reclamación, de acuerdo con los Reglamentos Bruselas I bis (RBI bis)³ y Roma II (RRII)⁴, respectivamente. El criterio de conexión que emplean las normas de ambos textos es el lugar donde se produce el daño,⁵ de manera que la respuesta a ambas preguntas requiere de la localización del daño que han sufrido los inversores, que es un daño puramente financiero y, por ende, inmaterial y difícil de localizar.

¹ Véase el Reglamento (UE) 2017/1129 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado y por el que se deroga la Directiva 2003/71/CE (Texto pertinente a efectos del EEE), *DOUE* L 168 de 30 de junio de 2017, p. 12 (“Reglamento de Folletos”), el Reglamento (UE) No 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión, *DOUE* L 173 de 12 de junio de 2014, p. 1, y la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2004 sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE, *DOUE* L 390 de 31 de diciembre de 2004, p. 38 (“Directiva de Transparencia”). La Directiva está transpuesta en el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, *BOE* núm. 255, de 24 de octubre de 2015 (“TRLMV”). Por supuesto, estas no son las únicas normas relevantes en este ámbito, véase por ejemplo el art. 51.3 de la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, *DOUE* L 173 de 12 de junio de 2014, p. 349 (“MIFID II”), que establece la obligación de los mercados regulados de establecer mecanismos para comprobar que los emisores cumplan con sus obligaciones de información.

² Véase, por ejemplo, el régimen de responsabilidad derivada del folleto en España, regulado en el art. 38 TRLMV y arts. 32-37 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, *BOE* núm. 274, de 16 de noviembre de 2005. No en todas las jurisdicciones y no en relación con todos los ilícitos del mercado de valores existe un régimen específico para la compensación de los daños, sino que se aplican las reglas generales de responsabilidad civil. Así, por ejemplo, en Francia no existe tal régimen específico en el caso de la responsabilidad civil derivada del folleto, vid. T. BONNEAU, “France”, *Prospectus Regulation and Prospectus Liability*, en D. BUSCH, G. FERRARINI, J. P. FRANX (Eds.), Oxford, 2020, pp. 493 y ss., p. 493.

³ Reglamento (CE) No 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOUE* L 351 de 20 de diciembre de 2012, p. 1. Naturalmente, el RBI bis solamente resulta de aplicación cuando el demandado estuviera domiciliado en un Estado miembro. No obstante, cuando el demandado tenga su domicilio en un tercer Estado, es de aplicación el art. 22 quinquies b) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 1985, que establece una regla similar que ha de interpretarse de la misma manera. Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, 2019, p. 119.

⁴ 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»), *DOE* L 199 de 31 de julio de 2007, p. 40.

⁵ Art. 7.2 RBI bis y art. 4.1 RRII.

4. El TJUE ha abordado la cuestión de la localización del daño puramente financiero a efectos del RBI bis en diversos supuestos,⁶ incluidos específicamente aquellos relativos a ilícitos en el mercado de valores.⁷ En la presente contribución, se aborda la localización del daño financiero en el caso concreto de la difusión de informaciones engañosas en el mercado de valores en violación de las normas de transparencia, a efectos de ambos reglamentos. El planteamiento de base es que se trata de situaciones con características diferenciadas respecto de otros casos en que resulte un daño financiero. Por tanto, requiere de un análisis separado, fundado en las particularidades del ilícito del que surge el daño, ie la difusión de informaciones engañosas incumpliendo las normas de transparencia del mercado de valores.⁸

5. Por ello, el trabajo parte de la descripción de la dinámica que se genera entre la información que se difunde por obligación de las normas de transparencia en el mercado de valores, la formación del precio de los instrumentos financieros en este y el daño que sufren los inversores cuando las informaciones se demuestran posteriormente engañosas (apartado II). Esta interrelación es clave para entender qué opciones existen a la hora de localizar este daño puramente financiero a efectos de los RBI bis y RRII. En el apartado III, se analiza la jurisprudencia del TJUE a este respecto en interpretación del RBI bis, que es poco clara y que, por tanto, da cabida a diversas interpretaciones. A continuación, y dada la ausencia de jurisprudencia respecto del RRII, se discute en qué medida se pueden extrapolar las conclusiones alcanzadas en el apartado anterior al ámbito de la ley aplicable (apartado IV). Por último, se recapitulan las conclusiones más relevantes (apartado V).

II. Daño puramente financiero en el mercado de valores

1. Obligaciones de transparencia, precio y daño

6. El supuesto tipo en el que surge el daño al que nos referimos en este trabajo es el siguiente. Un emisor de valores negociables distribuye información en el mercado de capitales en cumplimiento de sus obligaciones de transparencia. Por ejemplo, conforme al Reglamento de Folletos en el momento de realizar una oferta pública de valores o en el momento de solicitar la admisión a negociación de los valores en un mercado regulado en un Estado miembro. En esos casos, es obligatorio elaborar, someter a aprobación por la autoridad competente (en España la CNMV) y publicar un folleto que incluya información sobre la oferta pero también, por lo que aquí nos interesa, información económica y financiera relativa al emisor.⁹ O, en el mercado secundario, de acuerdo con las normas de transparencia, que exigen la publicación periódica (informes anuales y semestrales) y continua de información (p.ej. adquisición de participaciones significativas) durante el tiempo en que los valores estén admitidos a negociación en

⁶ Entre otras, STJUE de 11 de enero de 1990, C-220/88, *Dumez France, Tracoba y Hessische Landesbank (Helaba), Salvatorplatz-Grundstücksgesellschaft mbH & Co. oHG Saarland, Lübecker Hypothekenbank*, ECLI:EU:C:1990:8 (“Dumez”); STJUE de 19 de septiembre de 1995, C-364/93, *Antonio Marinari y Lloyd’s Bank pld y Zubaidi Trading Company*, ECLI:EU:C:1995:289 (“Marinari”); STJUE de 10 de junio de 2004, C-168/02, *Rudolf Kronhofer y Marianne Maier, Christian Möller, Wirich Hofius, Zeki Karan*, ECLI:EU:C:2004:364 (“Kronhofer”); STJUE de 16 de junio de 2016, C-12/15, *Universal Music International Holding BV contra Michael Tétéreault Schilling y otros*, ECLI:EU:C:2016:449 (“Universal Music”).

⁷ STJUE de 28 de enero de 2015, C-375/13, *Harald Kolassa contra Barclays Bank plc*, ECLI:EU:C:2015:37 (“Kolassa”); STJUE de 12 de septiembre de 2018, C304/17, *Helga Löber y Barclays Bank plc*, ECLI:EU:C:2018:701 (“Löber”) y STJUE 12 de mayo de 2021, C709/19, *Vereniging van Effectenbezitters y BP plc*, ECLI:EU:C:2021:377 (“VEB”).

⁸ Véase S. CORNELOUP “Roma II y el Derecho de los mercados financieros: el ejemplo de los daños causados por la violación de las obligaciones de información”, *AEDIPr*, 2011, pp. 63-87, p. 65. Como señala, existen dos vías metodológicas para aproximarse a este tema. De un lado, se puede abordar la localización del daño en función del tipo de daño, p.ej. daño moral o daño puramente financiero. Una segunda vía se fijaría, en cambio, en el tipo de ilícito. Este trabajo sigue la segunda vía metodológica y se refiere a daños puramente financieros que se generan en el caso concreto de informaciones engañosas en los mercados de valores.

⁹ Art. 6 del Reglamento de Folletos. La publicación se realiza siempre online, en la web del emisor, de los intermediarios o del operador del mercado en que se vayan a negociar los valores, además de en la web de la autoridad competente y de la AEVM (art. 21).

un mercado regulado de la UE¹⁰; o conforme a las normas sobre abuso de mercado, que imponen que se haga pública información privilegiada en determinados circunstancias.¹¹

7. Dado que en la UE las normas que establecen obligaciones de información en el mercado de valores se encuentran armonizadas (Directiva de Transparencia), cuando no uniformizadas (Reglamento de Folletos), en supuestos transfronterizos intra europeos solamente se necesita la supervisión de una autoridad competente nacional en relación con la información necesaria para lanzar una oferta pública de valores negociables, para obtener la admisión a negociación de estos en un mercado secundario y para cumplir con las obligaciones de información periódica y continua de las sociedades pluricotizadas.¹² Tal autoridad es la del Estado miembro de origen. Con carácter general, este es el del domicilio social del emisor.¹³

8. La información que los emisores tienen que hacer pública tiene por objetivo, de un lado, proteger el funcionamiento del mercado, ie la confianza que se genera en los inversores en relación con los valores que se negocian en ese mercado, así como salvaguardar el mecanismo de formación de precios en este. Y, de otro lado, proteger a los inversores para que puedan adoptar decisiones de inversión informadas, confiando en la exactitud y fiabilidad de esa información. En principio, un inversor racional adoptará sus decisiones de inversión sobre la base de la información disponible. De esta manera, los diversos operadores del mercado procesan esa información disponible, que se traduce en lo que se ha denominado una “tendencia inversora” en el mercado. En último término, ello se refleja en el precio, que resulta una referencia asequible para que los inversores (al menos los minoristas) valoren la inversión.¹⁴

9. Pues bien, en los supuestos a los que nos referimos en este trabajo, la información relativa a la situación económica y financiera del emisor, supervisada por la autoridad competente, se alega que es engañosa. Con su difusión, se altera el mecanismo de formación de precios del mercado, con ello la asignación eficiente del capital, y se afecta a la confianza en el propio funcionamiento del mercado. Si la información es engañosa y esta se refleja en el precio, los inversores adquieren los valores a un precio distorsionado, ie más elevado del que correspondería. Con posterioridad, cuando se sabe que esa información era engañosa, los valores se deprecian. En consecuencia, los inversores sufren un daño financiero, la diferencia entre el precio que se pagó por los valores sobre la base de la información engañosa y el precio “corregido” por la información sobre la verdadera situación del emisor.

10. Los siguientes dos ejemplos, uno de mercado primario y otro de mercado secundario, sirven para ilustrar lo anterior. El primero se refiere a la salida a Bolsa de Bankia SA (“Bankia”) en 2011. Las acciones de Bankia se ofertaron al público sobre la base de un folleto informativo, aprobado por la CNMV en junio de 2011, que mostraba una visión de la situación financiera de Bankia positiva. En mayo de 2012, Bankia reformuló sus cuentas de 2011 y presentó pérdidas por un valor aproximado de 3.000 millones de euros. Los inversores que adquirieron las acciones de Bankia sobre la base del folleto engañoso lo hicieron a un precio distorsionado, puesto que este no reflejaba la difícil situación financiera de la entidad. Cuando, al saberse de la verdadera situación de Bankia, los valores se depreciaron, los inversores sufrieron un daño financiero.¹⁵

¹⁰ Véanse arts. 118 y ss. sobre información periódica y art. 125 y ss. del TRLMV sobre información continua. Estas obligaciones se desarrollan en el Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea, *BOE* núm. 252, de 20 de octubre de 2007 (“RD 1362/2007”).

¹¹ Véase por ejemplo el art. 17 del Reglamento sobre abuso de mercado.

¹² Véanse, por ejemplo, los arts. 24 y 25 del Reglamento de Folletos.

¹³ Art. 2 m) Reglamento de Folletos y art. 2. i) Directiva de Transparencia, transpuesto en el art. 2 del RD 1362/2007. En el Reglamento sobre abuso de mercado, por el contrario, no se define el Estado miembro de origen.

¹⁴ No obstante, resulta controvertido en qué medida el precio refleja toda la información disponible. Véase sobre la dinámica S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *El folleto en las ofertas públicas de venta de valores negociables (OPV) y responsabilidad civil: ley aplicable*, La Ley, 2015, pp. 284 y ss.

¹⁵ STS de 3 de febrero de 2016, 23/2016, y STS de 3 de febrero de 2016, 24/2016. El Tribunal Supremo afirmó que la

11. En el segundo ejemplo, BP plc (“BP”) difundió información en el mercado secundario que posteriormente se alegó que era engañosa en relación con las medidas de mantenimiento y seguridad de sus plataformas petrolíferas y, tras el accidente en abril de 2010 de su plataforma Deepwater Horizon en el Golfo de México, sobre los daños ocasionados y su responsabilidad en los hechos. Esa información engañosa alteró el precio de las acciones de BP en las dos bolsas en las que estaban admitidas a negociación, Londres y Fráncfort. Cuando se supo de la verdadera situación, los valores se depreciaron y los accionistas sufrieron un daño puramente económico.¹⁶ En ambos casos, Bankia y BP, los inversores tenían interés en ejercitar acciones con el fin de que se les compensara el daño sufrido.

12. Como se sigue de lo anterior, la relación entre la información (aquella difundida en (in)cumplimiento de las normas de transparencia), el precio de los valores negociables y el daño financiero que sufren los inversores es inextricable. Tal interrelación se encuentra ausente en otros supuestos en los que se genera un daño puramente financiero; por ejemplo, los casos en los que se recibe un asesoramiento para invertir en el que no se señalan adecuadamente los riesgos, como en el asunto *Kronhofer* al que nos referimos más adelante.

13. Además, este entendimiento de la dinámica que se genera entre los tres elementos parece que es el que subyace en la última sentencia del TJUE sobre competencia judicial internacional en esta materia, el asunto *VEB*. Sobre ella volvemos en detalle en el apartado III. Por tanto, la relación entre información, precio y daño resulta esencial para el objeto de este trabajo de localizar el daño en las acciones por responsabilidad ejercitadas por los inversores en supuestos transnacionales.¹⁷

2. Responsabilidad civil en supuestos transfronterizos

14. En supuestos transfronterizos, se plantean dos cuestiones fundamentales. La primera, la determinación de los tribunales competentes para conocer de la acción por daños que pueden ejercitar los inversores. La segunda, la determinación de la ley aplicable a dicha acción. Esta segunda pregunta cobra especial importancia puesto que las normas de responsabilidad civil, a diferencia de lo que sucede con las normas regulatorias, no se encuentran armonizadas ni siquiera en la UE.¹⁸

A) Calificación

15. En ambos casos, ie competencia y ley aplicable, la calificación de la responsabilidad como materia contractual o delictual, necesaria para determinar el texto o la norma concreta aplicable, plantea algunas dificultades. Especialmente en los supuestos de mercado primario, en los que el emisor a veces celebra el contrato de suscripción directamente con los inversores, lo que podría llevar a plantearse una calificación contractual. No obstante, la calificación mayoritariamente aceptada por la doctrina es la delictual.¹⁹

información del folleto de Bankia era engañosa a efectos de las reclamaciones de los inversores que, bien es cierto, no estaban fundadas en las normas especiales de responsabilidad derivada del folleto sino en el régimen de vicios del consentimiento.

¹⁶ STJUE en el asunto *VEB*.

¹⁷ Véase también con este enfoque M. LEHMANN “A new piece in the puzzle of locating financial loss: the ruling in *VEB v BP* on jurisdiction for collective actions based on deficient investor information”, *Journal of Private International Law*, 18:1, 2022, pp. 1-27, p. 2 y ss.

¹⁸ Las normas europeas solamente exigen que los Estados miembros hagan recaer la responsabilidad, al menos, sobre el emisor u oferente de los valores y sus órganos de administración, así como el garante, caso de existir (art. 11 Reglamento de Folletos y art. 7 Directiva de Transparencia, transpuesto en el art. 124 TRLMV).

¹⁹ Véanse, entre otros, M. GARGANTINI “Prospectus liability: competent courts of jurisdiction and applicable law”, en D. BUSCH, G. FERRARINI, J.P. FRANX (Eds.), *Prospectus Regulation and Prospectus Liability*, Oxford, 2020, pp. 441 y ss., p. 446 y p. 452; F. RIELÄNDER, “Financial torts and EU private international law: will the search for the place of “financial damage” ever come to an end?”, *Journal of Private International Law*, 18:1, 2022, pp. 28-55, p. 35; S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *El folleto...*, pp. 257 y ss. y las obras ahí citadas.

16. El TJUE, por su parte, solamente se ha pronunciado sobre esta cuestión en el asunto *Kolassa*, un caso, precisamente, de responsabilidad derivada del folleto; es decir, de mercado primario.²⁰ En este, el emisor y demandado, Barclays Bank, emite unos instrumentos financieros y los vende inicialmente a inversores institucionales quienes, a su vez, los revenden a otros inversores, entre los cuales se encuentran inversores minoristas como el Sr Kolassa. Todo ello sobre la base de un folleto informativo aprobado por la autoridad competente. El Sr Kolassa tenía los valores en una cuenta con un intermediario financiero, en nombre de este último. De estas dos circunstancias, esto es, que el inversor adquiere los instrumentos de un inversor institucional, y, además, no es el propietario de los instrumentos financieros, que figuran a nombre de un intermediario, el TJUE deduce que Barclays Bank no celebra un contrato con el Sr Kolassa ni asume ninguna obligación de forma libremente consentida frente al Sr Kolassa. Así, se descarta la aplicación de los artículos 17.1 RBI bis, sobre contratos de consumo, y 7.1 RBI bis en materia contractual general.²¹

17. Como se sigue de lo anterior, la calificación que hace el TJUE en *Kolassa* está muy centrada en la forma concreta de colocación de los valores y de tenencia de estos. Sin embargo, otras variantes son posibles y, dependiendo del mercado, más habituales.²² Por ejemplo, cabe, como decíamos, que el emisor celebre el contrato de suscripción con el inversor, o que el inversor mantenga los valores en una cuenta en su propio nombre. Pues bien, existen razones para entender que, también en esos casos, la calificación debería ser delictual. De acuerdo con la sentencia del TJUE en el asunto *Brogstetter*,²³ la mera existencia de un contrato celebrado entre el demandante y el demandado no implica necesariamente que se trate de materia contractual a efectos del art. 7.1 RBI bis. Solamente será el caso si, para determinar la ilicitud del comportamiento imputado al demandado, es indispensable la interpretación del contrato.²⁴ Ese no es, desde luego, el caso en supuestos de responsabilidad derivada del folleto. La responsabilidad se impone al emisor por el incumplimiento de las obligaciones de transparencia establecidas por el Reglamento de Folletos. Los términos del contrato celebrados son, a estos efectos, irrelevantes.²⁵ En consecuencia, la calificación debería ser, con independencia del método de colocación empleado y de la forma en que el inversor tenga los valores, delictual, con la consiguiente aplicación del art. 7.2 RBI bis y del RRII.

B) Criterios de conexión

18. Tanto el artículo 7.2 del RBI I bis como la regla general del art. 4.1 del RRII toman como criterio de conexión el lugar de producción del daño. La diferencia entre el artículo 7.2 y el art. 4.1 a este respecto es de sobra conocida. El TJUE ha interpretado la expresión “lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso” del art. 7.2 del RBI bis tanto como el lugar del hecho generador del daño como el lugar de materialización de este, a elección del demandante.²⁶ Ello, claro está, en caso de

²⁰ No así en *Löber*, otro asunto de mercado primario, donde la cuestión de la calificación no se planteó, ni tampoco en *VEB*, un asunto de mercado secundario. En estas dos últimas sentencias, el TJUE se pronuncia directamente sobre la interpretación del actual artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis, aplicable en materia delictual.

²¹ Paras 20 a 41 de *Kolassa*.

²² Por ejemplo, en los mercados españoles el aseguramiento, frente a la asunción en firme de los mercados de Reino Unido o suizo, véase S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *El folleto...*, cit., pp. 51-57, y los trabajos ahí citados.

²³ Sentencia de 13 de marzo de 2014, C 548/12, *Marc Brogstetter y Fabrication de Montres Normandes EURL, Karsten Fräßdorf*, ECLI:EU:C:2014:148 (“*Brogstetter*”).

²⁴ Paras 24 y 25 de *Brogstetter*.

²⁵ M. LEHMANN, “Prospectus Liability and Private International Law—Assessing the Landscape After the CJEU’s *Kolassa* Ruling (Case C-375/13)”, *Journal of Private International Law*, 12:2, 2016, pp. 325; S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *El folleto...*, cit., pp. 246-247.

²⁶ STJUE de 30 de noviembre de 1976, C-21/76, *Société anonyme Handelskwekerij G.J. Bier BV y Fondation Reinwater* (“*Bier*”). Véase brevemente sobre el denominado “principio de ubicuidad” M. REQUEJO ISIDRO, E. WAGNER AND M. GARGANTINI, “Article 7”, en M. REQUEJO (Ed.), *Brussels I Bis: A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, Edward Elgar, 2022, paras 7.118 y ss., P. MANKOWSKI, “Article 5”, en U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI (Eds), *Brussels I Regulation*, Sellier European Law Publishers, 2007, paras 203 y ss.

que exista una disociación entre el lugar donde se produce el evento generador del daño y el lugar donde se materializa este. En supuestos de ilícitos del mercado de valores, esa disociación puede producirse. Por el contrario, el art. 4 RRII se refiere al “país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño”. Es decir, se excluye expresamente el evento generador del daño

19. Así pues, el lugar donde se manifiesta el daño es el criterio de conexión que ambos instrumentos tienen en común. Además, es el que reviste mayor relevancia incluso cuando se puede optar por el lugar del evento generador del daño de acuerdo con el RBI bis. Y ello por dos motivos. De un lado porque el lugar del hecho causante en muchas ocasiones coincide por el domicilio del demandado y, en ese sentido, no aporta nada al demandante, que siempre tendrá la posibilidad de plantear la demanda en dicho lugar.²⁷ De otro lado, el lugar donde se manifiesta el daño es el que resulta habitualmente de más interés para los demandantes a la hora de elegir el foro ante el que presentar la demanda porque, en muchos casos, abre un *forum actoris*.²⁸ Posiblemente por estas razones, la jurisprudencia del TJUE relativa a ilícitos del mercado de valores se refiere, principalmente, al lugar en el que se materializa el daño.

20. Por estos motivos, este trabajo se centra, fundamentalmente, en la localización de la materialización del daño financiero, sin perjuicio de que se haga alguna referencia puntual al lugar del hecho generador del daño. Así, cada vez que hablamos de la localización del daño nos referimos al lugar en el que este se manifiesta.

III. RBI bis y localización del daño financiero en la jurisprudencia del TJUE

1. El papel del domicilio de la víctima

21. La jurisprudencia del TJUE en materia de localización del daño puramente financiero a efectos del RBI bis es amplia. El punto de partida del análisis es el asunto *Kronhofer* que, aun cuando verse sobre daño financiero fuera del contexto de que las informaciones engañosas diseminadas en el mercado de valores, sienta las bases de la discusión en las tres sentencias que sí se refieren específicamente a esta cuestión, *Kolassa*, *Löber* y la reciente *VEB*.²⁹

22. La cuestión que se plantea en *Kronhofer* es si la expresión “lugar donde se hubiera producido el hecho dañoso” se puede interpretar de manera que incluya el domicilio del demandante por razón de que el daño, materializado en otro Estado miembro, produjo un efecto simultáneo en todo el patrimonio de la víctima. El domicilio de la víctima se toma, pues, como centro de su patrimonio, ie donde sus activos están concentrados. El TJUE lo descarta de plano. El Tribunal entiende que ello impediría prever ante qué tribunales se puede presentar la demanda y, además, tendría por efecto abrir un *forum actoris* que es contrario al sistema del Reglamento.³⁰

23. De esta manera, el TJUE en *Kronhofer* lo único que aclara es cuál *no* se puede considerar, al menos en sí mismo, el lugar de producción del daño: el domicilio de la víctima. Sin embargo, en la jurisprudencia posterior que mencionamos en los siguientes apartados, el domicilio del demandante continúa siendo un elemento presente, si bien ahora junto con otros criterios, p.ej. la cuenta del inversor. La razón de que el domicilio de la víctima continúe apareciendo estriba, probablemente, en que en los litigios nacionales lo que se baraja es si el demandante puede o no plantear la demanda ante los tribunales de

²⁷ Para 20 *Bier*.

²⁸ P. MANKOWSKI, “Article 5”, *cit.*, para 205.

²⁹ Véase p. ej. para 48 *Kolassa*.

³⁰ Para 20 *Kronhofer*. Véase M. LEHMANN, “Where does Economic Loss Occur?”, *Journal of Private International Law*, 7:3, 2011, pp. 538-539.

su propio domicilio (pues es lo que normalmente le interesará) y esto, a su vez, acaba proyectado en la forma en que las cuestiones prejudiciales se plantean ante el TJUE. Esto es quizás especialmente claro en el caso de *Kolassa* al que nos referimos a continuación.³¹

2. Otros criterios de conexión: la cuenta bancaria del inversor y “el resto de las circunstancias”

A) *Kolassa*: el domicilio del inversor y su cuenta bancaria

24. La primera sentencia del TJUE específicamente sobre daño financiero por informaciones engañosas al inversor se dictó en el asunto *Kolassa*. Barclays Bank, una sociedad domiciliada en Reino Unido, emite unos instrumentos financieros con la aprobación de la autoridad competente alemana. El folleto aprobado por esta es posteriormente pasaportado a Austria, donde el Sr Kolassa los adquiere a través de un intermediario financiero. El tribunal austriaco pregunta si los tribunales del domicilio del demandante son competentes por razón de que allí se haya producido el hecho causal o bien porque se haya materializado el daño. Es decir, la pregunta se plantea en torno al domicilio del demandante, como anticipábamos, y esto se proyecta en la forma en que el TJUE formula su fallo.

a) Hecho generador del daño

25. De acuerdo con el Tribunal, el hecho generador del daño es el incumplimiento de las obligaciones legales de información establecidas por la normativa de folletos.³² Ese incumplimiento lo localiza en el lugar donde se adoptaron “las decisiones relativas a (...) los contenidos de los folletos” o “donde habían sido redactados y distribuidos al inicio”. Como se puede apreciar, se trata de varios criterios de conexión (en concreto tres: adopción de decisiones, redacción del folleto y primera distribución), lo que podría llevar a la competencia de más de un tribunal solo en atención al lugar donde tiene lugar el hecho causal. Con la complejidad añadida de que la competencia corresponde a los tribunales de los lugares concretos donde este se haya producido, no del Estado miembro.³³ Dado que lo único que sí resultaba claro en *Kolassa* es que ni se adoptaron decisiones, ni se redactó el folleto, ni la primera distribución de los valores tuvo lugar en el domicilio del demandante, que es lo que se preguntaba, el TJUE no fue más allá en su análisis, y esta cuestión no ha vuelto a aparecer en ninguna de las sentencias posteriores.

b) Materialización del daño

26. En cuanto al lugar de materialización del daño, el Tribunal afirma que “los tribunales del domicilio del demandante son competentes (...) en particular, cuando el daño alegado se materializa directamente en una cuenta bancaria que el demandante tiene en un banco establecido en el territorio de estos tribunales”.³⁴ Es decir, los tribunales del domicilio del demandante (los austriacos) son competentes si el daño se sufre en una cuenta bancaria localizada en Austria.

27. Aunque la mención del domicilio del demandante en el fallo se justifica por la manera en que se plantea la cuestión prejudicial (¿es el lugar de producción del hecho dañoso el domicilio de la persona perjudicada en Austria?), la forma en que se incluye en el fallo genera bastantes dudas. Cuando el Tribunal dice que los tribunales del domicilio del demandante son competentes “en particular” cuando el daño se materializa en una cuenta que se mantiene en ese mismo territorio, no queda claro, por ejemplo, si puede haber otros casos en los que los tribunales del domicilio del demandante también pueden ser

³¹ Pregunta 3b *Kolassa*.

³² Para 53 *Kolassa*.

³³ M. LEHMANN, “Prospectus Liability...”, *cit.*, pp. 327-329.

³⁴ Para 57 *Kolassa*.

competentes.³⁵ De una lectura conforme con la jurisprudencia anterior, p. ej., *Kronhofer*, lo único que se sigue claramente es el que el domicilio de la víctima no es suficiente por sí mismo.

28. Con todo, más allá de las incertidumbres que genera *Kolassa*, lo peor de la decisión es que no se justifica a la luz de los objetivos del RBI bis que la propia sentencia reivindica. En especial, la necesidad de que el foro sea previsible para el demandado.³⁶ Si el criterio de conexión es el domicilio del demandante cuando este tenga una cuenta bancaria en ese mismo lugar, el demandado no tiene ninguna posibilidad de anticipar el lugar donde puede tener que litigar, puesto que no necesariamente estarán domicilio y cuenta del inversor localizados en ninguno de los mercados en los que el emisor haya comercializado sus valores y que son los únicos lugares en los que puede prever que se le demande. Por el contrario, el domicilio y la cuenta pueden estar situados en cualquier punto de la UE.³⁷ De hecho, el propio tribunal, cuando menciona la previsibilidad de las soluciones se refiere a un criterio de conexión diferente del binomio domicilio-cuenta, el lugar donde el emisor decide distribuir el folleto, es decir, el lugar o lugares donde el emisor haya comercializado los instrumentos financieros.³⁸ Sin embargo, este elemento no encuentra cabida en el fallo, que se ciñe a la referencia al domicilio y cuenta bancaria del inversor.

29. Aunque el demandante sí puede identificar fácilmente el tribunal al que puede acudir para plantear la demanda, tampoco el resultado al que lleva la decisión del Tribunal es particularmente bueno para este si se piensa en el ejercicio de acciones colectivas, puesto que habrá tantos tribunales competentes como lugares diferentes en los que haya inversores domiciliados con cuentas bancarias. Esta dispersión no favorece el planteamiento de estas demandas, que pueden ser relevantes en este ámbito.

30. Por último, tampoco existe una relación estrecha entre el litigio y los tribunales determinados conforme a los criterios de *Kolassa*, lo que no garantiza una buena administración de justicia, uno de los objetivos fundamentales del RBI bis.

B) *Universal Music y Löber*: “las circunstancias particulares”

31. El propio Tribunal no debía estar muy conforme con los resultados a los que podía llevar la aplicación sin limitaciones de *Kolassa* porque poco tiempo después hizo una aclaración acerca de su decisión en un asunto sobre localización del daño puramente financiero fuera del ámbito del mercado de valores, *Universal Music*.³⁹ El TJUE puntualiza que el fallo de *Kolassa* “se inscribe en el contexto particular del asunto (...) caracterizado por una serie de circunstancias que contribuían a la atribución de competencia a dichos tribunales”.⁴⁰ Por tanto, la cuenta bancaria por sí sola, señala el Tribunal, no es un “punto de conexión pertinente”,⁴¹ sino que es necesario que exista una serie de circunstancias adicionales que apunten en la misma dirección.

³⁵ El papel del domicilio del demandante no es, en absoluto, la única incertidumbre generada por *Kolassa*. La literatura ha abordado otras cuestiones problemáticas. Por ejemplo, qué tipo de cuenta tiene el TJUE en mente cuando localiza el daño: la cuenta bancaria desde la que se pagaron los valores en el momento de adquirirlos, *vid.* M. LEHMANN, “Prospectus Liability...”, *cit.*, pp. 329-330, o la cuenta donde el Sr Kolassa mantenía los valores, *vid.* M. HAENTJENS, D. VERHEIJ, “Finding Nemo: locating financial losses after Kolassa and Profit”, *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2016, pp. 346 y ss., pp. 352-354. Esta cuestión aparece de nuevo en *VEB* para descartar su relevancia como criterio de conexión y, según parte de la doctrina, de paso establecer que la cuenta, en su caso, relevante es la de inversión, no la bancaria (*vid.* L. VAN BOCHOVE, M. HAENTJEN “Effectenbezitters: New Efforts to Localise the Place of Damage”, 23 de junio de 2021, <https://eapil.org/2021/06/23/effectenbezitters-answers-but-also-more-questions/>).

³⁶ Para 56 *Kolassa*.

³⁷ O del mundo, en cuyo caso el RBI bis ya no sería de aplicación para la determinación de la competencia de esos tribunales.

³⁸ Para 56 *Kolassa*.

³⁹ Paras 36-38 *Universal Music*.

⁴⁰ Para 37 *Universal Music*.

⁴¹ Para 38 *Universal Music*. De esta afirmación podría seguirse que, en realidad, el domicilio del demandante no tiene ningún papel en *Kolassa* y que solo aparece en el fallo por la forma en que se planteó la cuestión prejudicial. El único criterio que se derivaría del fallo de *Kolassa* sería, entonces, la cuenta bancaria.

32. Aunque el TJUE no añade nada más, cabe interpretar esas circunstancias en el asunto *Kolassa* como el hecho de que en el Estado miembro del domicilio del demandante y donde se tenía la cuenta se pasaportó el folleto que se alega que contenía información engañosa.⁴² Como señalábamos en el apartado anterior, ese criterio ya figuraba en *Kolassa* para justificar la previsibilidad de la solución que proporcionaba el Tribunal. Además, encaja con el análisis de la relación entre información, precio y daño que hacíamos al principio de este trabajo: en el mercado austriaco se difunde a través del folleto la información engañosa que queda reflejada en el precio distorsionado al que adquieren los inversores en el mercado. Cuando se sabe de la verdadera situación, los instrumentos financieros se deprecian. De ahí que ese criterio de conexión, además de garantizar la previsibilidad, se explique bien en atención al ilícito de que se trata. Pero, por supuesto, nada dice el TJUE al respecto.

33. Una última aclaración llega de la mano de la sentencia *Löber*, referida a un litigio nacional similar al de *Kolassa*. La Sra Löber, domiciliada en Austria, adquiere a través de su cuenta localizada en Viena certificados emitidos por Barclays Bank y colocados por intermediarios financieros en Austria, previa notificación del folleto aprobado por la autoridad alemana y cuya información la Sra Löber considera engañosa. De nuevo, se discute si los tribunales austriacos son competentes para conocer de la acción en la que la Sra Löber, domiciliada y con cuenta bancaria en Austria, exige la compensación del daño sufrido.

34. El Tribunal afirma que “las circunstancias particulares del litigio principal concurren en conjunto a atribuir la competencia a los tribunales austriacos”.⁴³ Las “circunstancias particulares” que apuntan a Austria y que identifica el TJUE son el domicilio del demandante, los pagos relativos a la inversión, los tratos con los bancos austriacos a través de los cuales llevó cabo la inversión, el mercado secundario en el que se adquirieron los certificados y la notificación del folleto cuya información se alega engañosa.⁴⁴

35. A la hora de justificar la decisión, el TJUE alude una vez más a la previsibilidad de la solución como objetivo del RBI bis y, para evidenciar que esta existe, señala que en el momento en que se pasaporta un folleto el emisor tiene que saber que puede ser demandado en ese Estado miembro.⁴⁵ Es decir, la única “circunstancia particular” que contribuye a hacer el resultado previsible es la notificación del folleto. Ni la cuenta bancaria, ni los pagos. El mercado secundario, aunque no lo menciona el Tribunal al referirse a la previsibilidad, en realidad es coincidente con la aprobación o notificación del folleto, pues el Reglamento de Folletos impide a los emisores comercializar los instrumentos financieros en ningún mercado sin la previa aprobación (o notificación) de un folleto.

36. En realidad, tanto *Löber* como *Kolassa* son casos “fáciles”, en los que todos los elementos apuntan en una misma dirección. De poco sirven para otras situaciones en que los diferentes criterios señalen en direcciones distintas. El TJUE no proporciona ninguna pauta acerca de cuál o cuáles deben primar, aunque si hacemos caso de aquel que vincula insistentemente con la previsibilidad, debería considerarse la aprobación del folleto o su notificación, que, como decía, se identifica con los mercados en los que el emisor comercializa los instrumentos financieros. Además de que es el único criterio que se justifica en atención a la naturaleza del ilícito y su relación con el daño que se trata de localizar.

3. El papel de la información en la sentencia en el asunto *VEB*

A) Las diferencias con *Kolassa* y *Löber*

37. La última pieza del rompecabezas jurisprudencial lo compone la sentencia en el asunto *VEB*.

⁴² Para 56 *Kolassa*.

⁴³ Para 31 *Löber*.

⁴⁴ Paras 32 y 33 *Löber*. A esto se refiere M. GARGANTINI “Prospectus liability...”, *cit.*, p. 450, como “enfoque holístico”.

⁴⁵ Paras 34 y 35 *Löber*. Véase, entre otros, M. GARGANTINI “Prospectus liability...”, *cit.*, p. 450.

El litigio principal, a diferencia de *Kolassa y Löber*, está referido al mercado secundario. Los hechos, que también referíamos brevemente al inicio del trabajo, son los siguientes.

38. BP, una sociedad domiciliada en Reino Unido, tiene sus acciones admitidas a negociación en los mercados de Londres y Fráncfort. De acuerdo con la *Vereniging van Effectenbezitters* (una asociación neerlandesa de titulares de valores, en adelante VEB), BP difundió información engañosa relativa a las medidas de mantenimiento y seguridad de sus plataformas petrolíferas. Tras el accidente en su plataforma Deepwater Horizon en el Golfo de México, difundió también información engañosa sobre los daños causados y su responsabilidad. VEB ejercita frente a los tribunales neerlandeses una acción colectiva en representación de inversores que habían tenido las acciones en una cuenta en Países Bajos con el fin de obtener una declaración de que BP actuó ilícitamente y que, como consecuencia de ello, los inversores habían realizado operaciones sobre acciones de BP a un precio menos favorable.

39. La base de la competencia de los tribunales neerlandeses era, en todo caso, la localización de la cuenta bancaria de los inversores, pues no había otra vinculación con estos. Pero, a diferencia de lo que sucedía en *Kolassa y Löber*, las informaciones que se alegan engañosas no se difunden específicamente en Países Bajos. En efecto, en *Kolassa y Löber* no solo el domicilio del demandante y su cuenta bancaria se localizaban en Austria, sino que los certificados se distribuyeron entre los inversores en el mercado austriaco, lo que exige, de acuerdo con el Reglamento de Folletos, la aprobación o notificación de un folleto informativo en ese Estado miembro. En cambio, en el asunto *VEB*, BP no tenía ninguna obligación de transparencia en Países Bajos, pues no existía ninguna oferta en ese Estado miembro y las acciones estaban exclusivamente admitidas a negociación en los mercados secundarios de Londres y Fráncfort, donde BP sí tenía obligaciones específicas de información de acuerdo con las normas de transposición de la Directiva de Transparencia y conforme al Reglamento sobre abuso de mercado. Es decir, en *VEB* no concurrían las “circunstancias particulares” que se habían utilizado en la jurisprudencia anterior para justificar la competencia de los tribunales donde se localizaba la cuenta del inversor. O, más bien, la circunstancia particular a la que el TJUE ha dado más importancia: la distribución de información en cumplimiento de la normativa regulatoria del mercado de valores. Esta diferencia fuerza al TJUE a ir un paso más allá respecto de la jurisprudencia anterior.

B) La distribución de información no es una “circunstancia particular” más

40. La respuesta que proporciona el Tribunal está alineada con las consideraciones que hacíamos más arriba sobre la importancia del lugar de cumplimiento de las normas de transparencia. Como BP no publicó la información engañosa sobre la que se fundó la decisión de invertir en Países Bajos, la situación de la cuenta en ese Estado miembro no es un punto de conexión suficiente al no resultar previsible para el demandado.⁴⁶ Por tanto, los tribunales neerlandeses no son competentes. Queda de esta manera claro que, para el TJUE, la distribución de información en cumplimiento de las normas regulatorias no es una “circunstancia particular” más de las mencionadas en *Löber*, sino la pieza clave.⁴⁷ La respuesta no cambia por el hecho de que VEB ejercitara una acción colectiva en representación de los intereses de los accionistas en la que se solicitaba la declaración de que BP incumplió sus obligaciones de transparencia.⁴⁸

⁴⁶ Paras 33 y 34 *VEB*.

⁴⁷ Hay autores que han criticado que el TJUE no tomase en cuenta otras “circunstancias particulares”, como el que los inversores solo hayan tenido tratos con bancos en Países Bajos. Vid. E. VALLINES “‘Place where the harmful event occurred’ and financial damage connected to breaches of obligations to disclose information by an issuer of securities: no jurisdiction if the defendant was not subject to such obligations in the State where the investment account was located?”, 17 de mayo de 2021, <https://eulawlive.com/op-ed-place-where-the-harmful-event-occurred-and-financial-damage-connected-to-breaches-of-obligations-to-disclose-information-by-an-issuer-of-securities-no-jurisdiction-i/>. En opinión del autor, los tribunales neerlandeses son un foro adecuado para conocer del asunto, por su cercanía por ejemplo para evaluar los daños sufridos por los inversores.

⁴⁸ Vid. M. LEHMANN “A new piece in the puzzle...”, *cit.*, pp. 21-23. Como señala el autor, el TJUE ya se había pronunciado en ocasiones anteriores en el sentido de que no hay ninguna particularidad en la aplicación de las normas del RBI bis en el caso de las acciones colectivas (vid. p. ej. la STJUE de 21 de mayo de 2015, C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen*

41. Un primer debate en relación con la sentencia en el asunto *VEB* gira en torno al acceso a la información publicada por el emisor. Parte de la doctrina ha entendido que, en realidad, que esta no se haya difundido específicamente en Países Bajos no es relevante. Dado que la publicación se produce en internet y es accesible desde cualquier punto de la UE, el emisor está en disposición de anticipar que puede ser demandado ante los tribunales de cualquier Estado miembro.⁴⁹ Como apoyo a esta afirmación, se refieren las disposiciones de la Directiva de Transparencia y del Reglamento sobre abuso de mercado que exigen que la información se difunda “al público en toda la Comunidad”.⁵⁰ En consecuencia, se arguye, los emisores saben que la información no queda circunscrita a un Estado miembro concreto y, por tanto, el argumento de la falta de previsibilidad que emplea el TJUE por ausencia de distribución específica de información en Países Bajos no se sostiene.

42. Esta interpretación tiene, en mi opinión, al menos dos problemas. El primero se refiere al diseño de las normas regulatorias. En efecto, aunque la información requerida por estas se publique típicamente online⁵¹ y, por tanto, sea accesible desde cualquier Estado miembro o desde el exterior de la UE, no puede perderse de vista que la difusión de la información se hace bajo la supervisión de una autoridad nacional competente y que la difusión en otros Estados miembros requiere de notificación al Estado miembro de acogida.⁵² Los efectos del cumplimiento de la normativa son, en ese sentido, territoriales, como también muestra el hecho de que la normativa exija, cuando la información no se haya publicado en inglés, la traducción de al menos parte de esta en los Estados de destino.⁵³ Desde esta perspectiva, puede decirse que el emisor no puede prever que se le demande más allá de los Estados miembros en los que haya obligaciones de transparencia, que es donde este ha decidido comercializar sus valores, sea el Estado miembro de origen o el de acogida.

Peroxide SA y Akzo Nobel NV, Solvay SA/NV, Kemira Oyj, FMC Foret, S.A., ECLI:EU:C:2015:335). Este es el enfoque que también ha seguido la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, *DOUE* L 409 de 4 de diciembre de 2020, p. 1, al establecer que no afecta a la aplicación de las normas de la UE en materia de competencia judicial internacional. Vid. asimismo F. RIELÄNDER, “Financial torts...”, *cit.*, p. 38; P. JAIN, “No collective redress against foreign companies in cases of purely financial damage: Case C-709/19 VEB v. British Petroleum”, 18 de junio de 2021, <https://europeanlawblog.eu/2021/06/18/no-collective-redress-against-foreign-companies-in-cases-of-purely-financial-damage-case-c-709-19-veb-v-british-petroleum/>.

⁴⁹ Vid. E. VALLINES ““Place where the harmful event occurred’...”, *cit.*

⁵⁰ E. VALLINES, “Effectenbezitters: A Flawed Argument to Limit Jurisdiction under Article 7(2) of Brussels I bis”, 7 de julio de 2021, <https://eapil.org/2021/07/07/effectenbezitters-a-flawed-argument-to-limit-jurisdiction-under-article-72-of-brussels-i-bis/>. Vid. art. 21.1 Directiva de Transparencia y art. 17 del Reglamento sobre abuso de mercado.

⁵¹ Véase, p. ej., nota al pie n 9.

⁵² En el ámbito del Reglamento sobre abuso de mercado, que no ha definido el Estado miembro de origen, aun cuando el contenido esté uniformizado en la UE, se requiere la publicación de la información privilegiada en cada mercado en que los valores estén admitidos a negociación, en el idioma en que este exige. Por ejemplo, en España, en español.

⁵³ Nótese que el art. 21 bis de la Directiva de Transparencia establece que “a más tardar el 1 de enero de 2018 se establecerá un portal de internet que sirva de punto de acceso electrónico europeo” que desarrollará y gestionará la Autoridad Europea de Valores Mobiliarios (AEVM). No obstante, a día de hoy tal punto de acceso sigue siendo un proyecto. Véase la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un punto de acceso único europeo que proporciona un acceso centralizado a la información disponible al público pertinente para los servicios financieros, los mercados de capitales y la sostenibilidad, de 25 de noviembre de 2021, COM(2021) 723 final. Pero, incluso cuando esté en funcionamiento, no debería alterar las conclusiones que alcanzamos. La publicación en el punto de acceso único europeo no sustituye la publicación en cada mercado nacional en que los valores estén admitidos a negociación (y solo en esos) de acuerdo con sus cauces establecidos y en el idioma que estos determinen.

A una conclusión similar llega p. ej. F. RIELÄNDER, “Financial torts...”, *cit.*, pp. 35-36, que entiende que la mera accesibilidad de la información no es un criterio de conexión suficiente, sino que únicamente constituye un indicio, como demuestra la jurisprudencia en materia de contratos de consumo, con la que el Tribunal trata de alinearse. En su opinión, la notificación del folleto en la jurisprudencia anterior del TJUE es el equivalente funcional de que una actividad esté dirigida a un consumidor en el sentido del artículo 17.1 c) RBI bis. Vid. también sobre la determinación del mercado afectado a efectos del RRII con un enfoque similar S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *El folleto...*, *cit.*, pp. 332-335, donde se toma como referencia la cláusula de comercialización del art. 5 RRII y la analogía de esta con las normas de consumidores del RBI bis y del Reglamento (CE) n o 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177, 4 de julio de 2008, p. 6.

43. Pero es que, además, una interpretación diferente supondría la multiplicación de los foros bajo el artículo 7.2 RBI bis. En combinación con el criterio de la localización de la cuenta bancaria empleado en *Kolassa y Löber*, este entendimiento de la difusión de la información y la previsibilidad obligaría al emisor a litigar ante una pluralidad de tribunales. Típicamente ante los tribunales de los domicilios de los inversores, pues allí tendrán de forma habitual sus cuentas bancarias. Esta apertura indiscriminada de un *forum actoris* es contraria al sistema del RBI bis.⁵⁴ Y, si nos movemos al ámbito de la ley aplicable, la situación es aún más problemática. O bien se opta por una interpretación diferente del artículo 4.1 del RRII respecto del artículo 7.2 del RBI bis, que requeriría de una justificación muy clara, o, caso contrario, la ley aplicable a cada una de las reclamaciones podría ser, dada la aplicación universal del instrumento, la de cualquier país del mundo. Volveremos sobre esta cuestión más adelante (apartado IV).

C) ¿Un nuevo criterio de conexión?

44. Tras concluir que el objetivo de previsibilidad no se cumple cuando en el Estado miembro de localización de la cuenta no existen obligaciones de transparencia,⁵⁵ el TJUE añade una afirmación cuya interpretación ha resultado controvertida. En torno a ella gira el segundo gran debate en relación con la sentencia *VEB*.

45. De acuerdo con el Tribunal, “de lo anterior resulta” que en una situación como la del litigio principal “en razón de la materialización del daño únicamente puede establecerse la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en los que dicha sociedad haya cumplido, a los efectos de su cotización en bolsa, las obligaciones legales de publicidad”. Solo ahí se “puede prever razonablemente la existencia de un mercado de inversión y la generación de responsabilidad”.⁵⁶

46. Existen dos posiciones respecto de la interpretación de este párrafo. La primera entiende que el TJUE ha querido establecer una norma de competencia para daños financieros derivados de información engañosa difundida en el mercado secundario: el tribunal competente es el del lugar en el que se han cumplido las obligaciones legales de publicidad *ex art.* 7.2 RBI bis. Es decir, el mercado en el que los valores estén cotizados.⁵⁷ La segunda niega que esa haya sido la voluntad del Tribunal porque el lugar donde los valores están admitidos a cotización no es, en su opinión, el lugar de materialización del daño financiero sufrido por el inversor y, además, porque de la sentencia no se sigue que el TJUE haya buscado apartarse de su jurisprudencia anterior estableciendo un nuevo criterio de conexión que funcione autónomamente, sino que simplemente ha querido aclarar que la localización de la cuenta solo es relevante si es “razonablemente previsible”. Y solo es previsible si coincide con el lugar donde cumple el emisor con las obligaciones de información.⁵⁸ Así, la cuenta del inversor no quedaría relegada definitivamente como criterio de conexión sino que se presentaría en combinación con el parámetro de lo “razonablemente previsible”.⁵⁹

⁵⁴ Véase F. RIELÄNDER, “Financial torts...”, *cit.*, p. 35, con argumentos similares.

⁵⁵ Para 34 *VEB*.

⁵⁶ Para 35 *VEB*.

⁵⁷ De acuerdo, p. ej., con la Directiva de Transparencia y el Reglamento sobre abuso de mercado.

⁵⁸ *Vid.* L. VAN BOCHOVE, M. HAENTJEN “Effectenbezitters...”, *cit.* La utilización de lo “razonablemente previsible” como parámetro no es nueva en la jurisprudencia del TJUE, pero sí lo es, reconocen los autores, el umbral empleado. Como recuerdan, en asuntos como la STJUE de 9 de julio de 2020, C-343/19, *Verein für Konsumenteninformation v Volkswagen AG*, ECLI:EU:C:2020:534, este parámetro se utiliza de una forma bastante liberal como base para atribuir competencia, ie para afirmar que cuando incumplió las normas, el fabricante tuvo que prever que podía ser demandado ante los tribunales del Estado miembro en que el comprador final adquiriese el vehículo de un tercero. Por el contrario, en la STJUE *VEB* se aplica de forma estricta para negar la competencia de los tribunales donde se localiza la cuenta.

⁵⁹ *Vid.* L. VAN BOCHOVE, M. HAENTJEN “Effectenbezitters...”, *cit.* Queda por ver, mantienen los autores, el umbral que empleará el TJUE en relación con lo “razonablemente previsible” en futuras sentencias en materia de daño financiero en los mercados de valores. Esta interpretación ha sido criticada, *vid.* M. LEHMANN “A new piece in the puzzle...”, *cit.*, p. 16, que entiende que la introducción de lo “razonablemente previsible” como segundo criterio supone un giro en la jurisprudencia del TJUE que, además, generaría desajustes con el RRII, que no contiene un mecanismo semejante.

47. Es cierto que el TJUE ha sido muy escueto y solamente afirma que el lugar de materialización del daño se corresponde con el lugar en que la sociedad tenga los valores admitidos a negociación, sin proporcionar ninguna explicación adicional. Esta identificación entre lugar de materialización del daño y mercado no es inmediatamente evidente.⁶⁰ En mi opinión, la justificación se encuentra en la dinámica entre información, precio y daño a la que nos referíamos al principio de este trabajo (apartado II).⁶¹ Cuando se difunde información engañosa incumpliendo las normas de transparencia en el mercado de valores, los operadores tomarán sus decisiones de inversión sobre la base de esa información, lo que repercutirá en la formación del precio de los valores negociables. Así, los inversores adquirirán los valores en el mercado (o dejarán de venderlos, si ya los tenían) a un precio “distorsionado”, que se corregirá (a la baja, naturalmente) cuando se sepa de la verdadera información sobre el emisor. Por tanto, los inversores sufren el daño en el mercado, como lugar donde los precios de los valores se forman y se ven, en su caso, distorsionados por la información engañosa.

48. Un sector importante de la doctrina ya había abogado por esta interpretación *market oriented* del lugar de producción del daño puramente financiero en ilícitos del mercado de valores, tanto en relación con la determinación de la competencia como de la ley aplicable.⁶² Si bien con diferentes enfoques,⁶³ básicamente se hacía una interpretación del daño, en línea con lo que decíamos en el párrafo precedente, que se ha calificado de “abstracta”.⁶⁴ Aunque esta interpretación puede ser difícil de casar con la mención del TJUE en *Kolassa* a la localización del daño como “el lugar en el que lo ha sufrido el inversor”⁶⁵ o la referencia en *Löber*, que se reitera en *VEB*, de que el lugar de materialización del daño es donde el “perjuicio alegado se manifiesta de forma concreta”⁶⁶, parece la forma más razonable de entender la referencia al mercado de la sentencia *VEB*, además de que se trata de la opción más aconsejable desde el punto de vista de los objetivos de política legislativa tanto de las normas regulatorias incumplidas como del RBI bis.⁶⁷

⁶⁰ Como afirma M. LEHMANN “A new piece in the puzzle...”, *cit.*, p. 6, a falta de justificación, la referencia al mercado como lugar donde se difunde la información engañosa incumpliendo las normas de transparencia, se parecería más al lugar del evento generador del daño que al lugar donde este se materializa.

⁶¹ Vid. M. LEHMANN “A new piece in the puzzle...”, *cit.*, pp. 7-8 también en este sentido, que se refiere a la doctrina *fraud-on-the-market* como base de esta orientación. Aunque solo en materia de ley aplicable a la responsabilidad derivada del folleto, vid. con argumentos similares S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *El folleto...*, *cit.*, pp. 284-286 y pp. 294-303 y p. 330.

⁶² Otros autores habían abogado, en materia de ley aplicable, por atender al Estado miembro de origen a efectos de las normas regulatorias, como regla general el del domicilio social del emisor, bien por la vía de una conexión accesoria a estas, vid. C. BENICKE, “Prospektpflicht und Prospekthaftung bei grenzüberschreitenden Emissionen”, *Festschrift für Erik James*, Sellier, 2004, pp. 25-37; P. TSCHÄPE, P., R. KRÄMER, GLÜCK, “Die Rom II-Verordnung –Endlich ein eihentliches Kollisionrecht für die gesetzliche Prospekthaftung?”, *RIW*, núm. 10, 2008, pp. 657-667, bien por la vía de la aplicación de la cláusula de los vínculos más estrechos ex art. 4.3 RR II vid. W.F. RINGE, A. HELLGARDT, “The international dimension of issuer liability –Liability and choice of law from a transatlantic perspective-”, *Research Paper No. 10-05*, www.ssrn.com

⁶³ Vid. T. ARONS, “‘All Roads Lead to Rome’: Beware of the Consequences! The Law Applicable to Prospectus Liability Claims under the Rome II Regulation” (2008) *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 481, 486; D. EINSELE, “Internationales Prospekthaftungsrecht –Kollisionrechtlicher Anlegerschutz nach der Rom II-Verordnung”, *ZEuP*, núm. 1, 2012, pp. 23-46; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The law applicable to prospectus liability in the European Union”, *Law and Financial markets Review*, November 2011, pp. 449-457; P. MANKOWSKI, “Finanzverträge und das neue Internationale Verbrauchervertragsrecht des Art. 6 Rom I-VO”, *RIW*, núm. 3, 2009, pp. 98-118; C. WEBER, “Internationale Prospekthaftung nach der Rom II-Verordnung”, *WM*, núm. 34, 2008, pp. 1581-1588; S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *El folleto...*, *cit.*, pp. 330 y ss.

⁶⁴ Vid. M. LEHMANN “A new piece in the puzzle...”, *cit.*, pp. 9-11.

⁶⁵ Para 54 *Kolassa*.

⁶⁶ Para 27 *Löber* y para 31 *VEB*.

⁶⁷ Otra orientación que pretende llevar a resultados similares, ie a la competencia de los tribunales en los que está situado el mercado, pero por una vía diferente que es, en principio, más respetuosa con el foco que pone el TJUE en el daño individual que sufre el inversor, es la que se ha denominado “regla de primer impacto” (vid. I. BACH, “Chater I: Scope”, en P. HUBER (Ed.), *Rome II Regulation*, Sellier, 2011, pp. 28-63), “test de la irreversibilidad” o aproximación *transaction oriented* (vid. F. RIELÄNDER, “Financial torts...”, *cit.*, pp. 45 y ss.). De acuerdo con esta, el daño se produce en el momento en el que este ya no es reversible para el inversor. Es decir, el momento en que, tras recibir la información engañosa, el inversor actúa en consecuencia celebrando el contrato de suscripción o compraventa de los valores negociables. El lugar donde se sufre el daño, de acuerdo con esta concepción, es el mercado en el que dichos valores estén negociados (vid. F. RIELÄNDER, “Financial torts...”, *cit.*, p. 46). Esta conclusión es, no obstante, cuestionable. Los contratos los celebran los inversores a través de intermediarios, y en ocasiones OTC. Esto es, no necesariamente en el mercado, y, por tanto, no necesariamente en el lugar en el que se ha

49. Las normas en materia de transparencia del mercado de valores, p. ej. la Directiva de Transparencia o el Reglamento sobre abuso de mercado, buscan proteger el funcionamiento del mercado en el que se difunde la información (y donde se forma, pues, el precio) y a los inversores que adquieren en él. La competencia de los tribunales del lugar de situación del mercado facilita la función de *enforcement* de la normativa sobre responsabilidad y garantiza una relación especialmente estrecha entre el litigio y los tribunales y, así, una buena administración de justicia, uno de los principales objetivos del RBI bis.

50. Además, es un foro previsible para las partes, como enfatiza el propio Tribunal, evita la apertura de un *forum actoris*, disminuye el número de tribunales en los cuales el demandante puede plantear la demanda ex art. 7.2 RBI bis y, al tiempo, beneficia al inversor demandante, en la medida en que reduce los problemas de acción colectiva por abrir un único (o al menos un número limitado) de foros como lugar donde se materializa el daño.⁶⁸ En atención a estos argumentos, entender que la STJUE *VEB* mantiene la cuenta como factor relevante cuando está situada en uno de los mercados donde los valores cotizan conduce a un resultado de difícil justificación, en el que los inversores con cuentas abiertas en el Estado donde se localiza el mercado podrían demandar allí, y beneficiarse de la manera que señalábamos, mientras que aquellos que las tuvieran en otros Estado, no.⁶⁹

D) Una solución también para el mercado primario

51. Si bien de alguna manera este enfoque *market oriented* ya aparecía en la jurisprudencia anterior del TJUE en *Kolassa y Löber* cuando se ponía el énfasis en la notificación del folleto engañoso (que, por definición, se produce en uno de los mercados afectados), es la primera vez que el TJUE acoge abiertamente esta interpretación del lugar de materialización del daño. Y, como decíamos, lo hace sin proporcionar una justificación al respecto. Por tanto, no es de extrañar que queden abiertos un cierto número de interrogantes.

52. Quizás la cuestión más importante por determinar es, precisamente, si esta nueva orientación es exclusiva de ilícitos del mercado de valores en el mercado secundario, el único caso en que el enfoque *market oriented* se ha adoptado abiertamente, o supone un giro también en la jurisprudencia anterior del Tribunal en materia de mercado primario, modificando la aproximación multifactorial de *Kolassa y Löber*. Aunque no está exento de dificultades, en mi opinión no hay razón para circunscribir la nueva orientación al mercado secundario.⁷⁰

53. Para empezar, porque del tenor literal de *VEB* no se sigue necesariamente esa conclusión. El TJUE habla de los Estados miembros en los que la sociedad haya cumplido con sus obligaciones legales de publicidad “a los efectos de su cotización en bolsa”. La primera obligación de publicidad para la cotización en bolsa es la publicación de un folleto informativo de acuerdo con el Reglamento de Folletos, una norma que establece, en principio, obligaciones para el mercado primario.⁷¹ Por lo tanto, en sentido amplio, la dicción del TJUE no excluye estas normas. Además, el folleto informativo tiene una validez de 12 meses, lo que permite a los inversores confiar en su contenido no solo en el momento de la suscripción de los valores sino durante ese periodo de tiempo, para realizar sobre su base las operaciones que consideren en el mercado secundario. Esto es lo mismo que decir que el impacto de

difundido la información engañosa (vid. M. LEHMANN “A new piece in the puzzle...”, *cit.*, p. 10). Cuando el lugar de difusión de la información engañosa y de celebración del contrato no coinciden, este último criterio, único relevante en el “test de la irreversibilidad”, no supera el umbral establecido por el TJUE en cuanto a lo “razonablemente previsible” (vid. en materia de ley aplicable S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *El folleto...*, *cit.*, pp. 327-330).

⁶⁸ En sentido similar M. LEHMANN “A new piece in the puzzle...”, *cit.*, pp. 10-11.

⁶⁹ Vid. M. LEHMANN “A new piece in the puzzle...”, *cit.*, p. 15 y F. RIELÄNDER, “Financial torts...”, *cit.*, p. 42.

⁷⁰ Por el contrario, M. LEHMANN “A new piece in the puzzle...”, *cit.*, pp. 4-6, entiende que la distinción entre mercado primario y secundario es necesaria.

⁷¹ Vid. en este sentido F. RIELÄNDER, “Financial torts...”, *cit.*, p. 40.

la información contenida en el folleto sobre la formación del precio de los valores no solo se proyecta en un primer momento en el mercado primario, sino que también contribuye a su formación, durante un periodo de tiempo, en el mercado secundario. Y no parece aconsejable tratar de manera diferente en materia de competencia a los inversores que adquieren sobre la base de un mismo folleto dependiendo de que adquiriesen en el mercado primario o con posterioridad a la admisión de los valores.

54. En definitiva, la delimitación entre normas de mercado primario y secundario y su correspondiente incumplimiento no es fácil de dibujar y cuestiona la innecesaria complejidad de crear grupos de casos en la determinación de la competencia judicial internacional más allá de lo estrictamente necesario. La diferencia entre *Kolassa/Löber* y *VEB* parece más fundada en la existencia de obligaciones de información (ya sean de conformidad con el Reglamento de Folletos o con el Reglamento sobre abuso de mercado) en el lugar donde se localiza la cuenta del inversor, que es lo que se le pregunta al Tribunal, que en que sean, respectivamente, casos de mercado primario y secundario.

55. Por otra parte, incluso aunque aceptemos que el enfoque *market oriented* solo es relevante para el mercado secundario, lo cierto es que el TJUE solamente se ha ocupado de los casos “fáciles” de mercado primario: todos los factores que considera el TJUE apuntaban a un mismo lugar, en particular, los que parecen revestidos de mayor relevancia, i.e. la cuenta y el cumplimiento de las obligaciones de información (en *Kolassa* y *Löber* la notificación del folleto). Queda sin resolver qué sucede, pongamos por caso, cuando no se aprueba o notifica el folleto en el lugar en el que se sitúa la cuenta. Después de la sentencia *VEB* es difícil pensar que el TJUE dotaría en el mercado primario de relevancia a la localización de la cuenta sin que haya obligaciones de información allí. De hecho, es difícil pensar en que dote de relevancia a ninguno de los otros criterios de conexión si no hay obligaciones de información en ese lugar. Y, con los mismos argumentos que empleábamos más arriba, también en este ámbito resulta complicado justificar que los inversores que tengan la cuenta en el lugar de la aprobación o notificación del folleto dispongan de un foro con el que los otros inversores no cuenten.

56. Dicho esto, es cierto que en el mercado primario es necesario un criterio adicional a la existencia de obligaciones de transparencia para determinar la competencia de los tribunales. La obligación de aprobar o pasaportar un folleto informativo existe en cada uno de los Estados miembros en los que se vaya a lanzar una oferta pública de venta de valores negociables (OPVs) o se vaya a solicitar la admisión en un mercado regulado. A diferencia de lo que sucede en el mercado secundario, en que se localiza el cumplimiento de las obligaciones de transparencia en el mercado donde los valores están admitidos a negociación, p.ej. Fráncfort en el caso del asunto *VEB* en que las acciones de BP estaban admitidas a negociación en dicha Bolsa, una OPV se lanza sobre la base de un folleto en un mercado nacional.⁷² No es posible concretar el lugar específico dentro de ese mercado en que se cumplieron las obligaciones de información. Esto choca con la determinación territorial de la competencia que hace el art. 7.2 RBI bis. De ahí que se necesite un criterio complementario que determine la competencia dentro del mercado nacional afectado.

57. En cualquier caso, la dificultad para aplicar el enfoque *market oriented* en el mercado primario no parece argumento suficiente para excluirlo. No solo porque no sea insalvable, como señalamos en el siguiente apartado, sino porque también hay casos en operaciones de mercado secundario en los que ese criterio adicional va a ser igualmente necesario. Por ejemplo, hay mercados regulados que no se localizan claramente en un lugar concreto, como sí es el caso de Bolsa de Fráncfort. En España, el mercado regulado de renta variable son las Bolsas de Madrid, Barcelona, Bilbao y Valencia, que funcionan interconectadas por el SIBE (sistema de interconexión bursátil).⁷³ Aquí no es evidente cuál es el lugar

⁷² Véase sobre la determinación del mercado afectado en materia de responsabilidad derivada del folleto S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *El folleto...*, cit., pp. 332-334.

⁷³ Siempre existe una bolsa “de cabecera” a efectos de la admisión, pero esta información no es accesible (o no es fácilmente accesible) para los inversores, con lo que a efectos de determinar la competencia de los tribunales no debería ser relevante.

concreto relevante a efectos del art. 7.2 RBI bis, y será necesario un criterio adicional. Además, en los supuestos de pluricotización, como era el caso de BP, cuyas acciones cotizaban tanto en Fráncfort como en Londres,⁷⁴ siempre hará falta ese criterio adicional.

E) Un criterio de conexión complementario

58. En el supuesto del mercado secundario, ese criterio complementario puede ser el mercado en el que el inversor haya adquirido los valores al precio distorsionado. En casos de cotización en varios mercados de la UE, los intermediarios están sujetos a la obligación de ejecutar la orden en un sistema u otro en atención a las condiciones más ventajosas para el cliente, que incluyen precio, costes, rapidez y otras consideraciones (*best execution order*).⁷⁵ Esto no debería suponer una dificultad a la hora de tomar como relevante este criterio de conexión puesto que la política de ejecución de órdenes de cada intermediario está disponible para los inversores con antelación y los intermediarios deben recabar su consentimiento a esta. Además, una vez que esta se ha ejecutado, el intermediario tiene que informar de ello al inversor. Por tanto, resulta previsible para ambas partes y, al tratarse del mercado de entre aquellos en los que el precio se ha visto distorsionado en el que ha adquirido los valores el inversor que ha sufrido el daño, contribuye a una buena administración de la justicia por existir una vinculación particularmente estrecha entre los tribunales y el litigio.⁷⁶

59. En el caso del mercado primario, podría pensarse que ese criterio complementario, por haber sido ya considerado por el TJUE en *Kolassa y Löber*, pudiera ser la localización de la cuenta del inversor. La diferencia con la jurisprudencia actual radicaría en que, bajo esta perspectiva, la cuenta solo funcionaría de forma auxiliar, con el fin de determinar la competencia territorial dentro del mercado primario nacional afectado. Esto es, el criterio de conexión de base sería el lugar de (in)cumplimiento de las obligaciones legales de publicidad. Sin embargo, quizás la mejor opción, en la medida en que evitaría la proliferación de criterios conexión y las diferencias entre mercado primario y secundario, sería aplicar también en este caso como criterio de conexión auxiliar el lugar en el que el inversor haya adquirido los valores. Esta opción ya ha sido considerada por la doctrina⁷⁷ y tiene las mismas ventajas que señalamos para el mercado secundario.

60. Tanto en el ámbito del mercado primario como en el del secundario se puede dar la circunstancia de que la adquisición de los valores se produzca en un Estado diferente de aquel en el que se han cumplido las obligaciones de información. Por ejemplo, cuando la operación se produce *over the counter* (OTC), a pesar de estar los valores admitidos a negociación en un mercado regulado en una localización diferente. En ambos casos, el lugar en el que adquiere el inversor los valores no reviste en sí mismo relevancia en la medida en que el daño, tal y como se ha entendido en *VEB* y tal y como ya sostenía una parte importante de la doctrina, se ha producido con la distorsión de los precios en un lugar diferente (el mercado), y es ese precio el que típicamente se considerará en la operación OTC relevante. En estos casos, habría argumentos, pues, para afirmar la competencia de los tribunales del lugar donde se sitúa el mercado.⁷⁸ Esto, claro, solo será posible en la medida en que haya solo un mercado secundario o no se trate de una operación de mercado primario. En caso contrario, se haría necesario buscar un criterio

⁷⁴ La demanda se planteó ante los tribunales neerlandeses en 2015, un momento previo al *brexit*.

⁷⁵ Este principio se introdujo en el art. 21 de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros (MIFID), S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *El folleto...*, cit. pp. 336-337, y actualmente se establece en el art. 27 MIFID II.

⁷⁶ Vid. M. LEHMANN “A new piece in the puzzle...”, cit., p. 17, en un sentido similar.

⁷⁷ En materia de ley aplicable, vid. D. EINSELE, “Internationales Prospekthaftungsrecht...”, cit., pp. 40-41, S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *El folleto...*, cit., pp. 335-339.

⁷⁸ Vid. M. LEHMANN “A new piece in the puzzle...”, cit., p. 19; C. THOMALE, “Internationale Kapitalmarktinformationshaftung”, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 49, 2020, p. 343.

diferente, p.ej. la cuenta del inversor,⁷⁹ o, como también se ha sugerido, no aplicar en esos casos, más bien excepcionales, el artículo 7.2 RBI bis como “lugar de materialización del daño”.⁸⁰

IV. Lecciones en materia de ley aplicable

61. El TJUE no se ha pronunciado en cuanto a la ley aplicable en ilícitos del mercado de valores. En concreto, no ha interpretado la regla general recogida en el art. 4.1 del RRII, aplicable en estos supuestos, de acuerdo con la cual la ley aplicable es la del lugar de producción del daño (*lex loci damni*).⁸¹

62. Como ya señalamos más arriba, el tenor del art. 4.1 RRII no coincide con el del art. 7.2 RBI bis.⁸² La diferente redacción se explica por el afán de evitar una interpretación paralela de ambos textos, que tuviera en consideración la jurisprudencia *Bier* y, así, no solo el lugar de producción del daño sino también el lugar del hecho generador. En efecto, en principio, la interpretación de los mismos términos en el RBI bis y en el RRII debería ser la misma. Así se desprende del considerando 7 del RRII, que establece que “(...) las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (...) Bruselas I, y con los instrumentos que tratan sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”. Es decir, el círculo hermenéutico del Derecho internacional privado patrimonial de la UE lo componen el RBI bis, el RRII y, en materia contractual, el Reglamento Roma I.⁸³ La distinta redacción del art. 4.1 RRII responde a la diferente ratio de las normas de conflicto frente a las normas de competencia, que atiende exclusivamente a la vinculación más estrecha, ie el centro de gravedad de la relación jurídica.⁸⁴ Esta vinculación más estrecha existe solo con el lugar de materialización del daño.

63. Dicho lo anterior, sí existe un paralelismo entre el art. 7.2 RBI bis y el art. 4.1 RRII. La formulación del art. 4.1 RRII sigue la que realiza el TJUE en la sentencia *Bier* de la correspondiente “pata” del actual art. 7.2 RBI bis.⁸⁵ Por este motivo, no existen, en principio, razones para no hacer una interpretación común a ambos textos del lugar de producción del daño, como establece el considerando 7 RRII. Es cierto que parte de la doctrina se ha mostrado cautelosa concretamente en cuanto a la extensión del enfoque de la sentencia *VEB* al ámbito de la ley aplicable.⁸⁶ El hecho de que se tome como lugar de producción del daño el mercado, lo explica. El razonamiento es el siguiente. En el RRII existe una norma especial en materia de Derecho de la competencia que establece la aplicación de la ley del mercado afectado (art. 6.3 RRII), en línea con la orientación institucional del Derecho de la competencia. Estos autores entienden que, en ausencia de una norma especial, es cuestionable que se pueda hacer la misma interpretación para ilícitos del mercado de valores en aplicación de la regla general del art. 4.1 RRII. Pues bien, aunque no cabe duda de que exige un esfuerzo interpretati-

⁷⁹ M. LEHMANN “A new piece in the puzzle...”, *cit.*, p. 19 plantea la posibilidad de aplicar la combinación de residencia habitual + cuenta que se recoge en *Kolassa y Löber*.

⁸⁰ Vid. F. RIELÄNDER, “Financial torts...”, *cit.*, p. 49, en cuanto a esta segunda opción.

⁸¹ Vid. *supra* II A) sobre la calificación delictual. El RRII es de aplicación puesto que los daños causados por información engañosa en el mercado de valores no se encuentran dentro de ninguna de las exclusiones del ámbito de aplicación del RRII (en particular las que plantean más dudas, ie las exclusiones del art. 1.2 c) -obligaciones extracontractuales que se deriven de instrumentos negociables- y art 1.2 d) -obligaciones extracontractuales que deriven del Derecho de sociedades- vid. S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *El folleto...*, *cit.*, pp. 273-283). Además, ninguna de las reglas especiales que se contienen en el instrumento es aplicable.

⁸² Véase *supra* II B).

⁸³ Es el denominado “principio de continuidad de los conceptos”. Vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho...*, *cit.*, p. 354. Vid. también E. LEIN, “The new Rome I/Rome II/ Brussels I synergy”, *Yearbook of Private international law*, Vol. X, pp. 177-189. Aunque, por supuesto, no se trata de una regla absoluta sino de un principio interpretativo. Vid. en el caso de las ilícitos del mercado de valores G. VAN CALSTER “Effectenbezitters: Which Lessons for Applicable Law?”, 23 de junio de 2021, <https://eapil.org/2021/06/23/effectenbezitters-which-lessons-for-applicable-law/>

⁸⁴ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ “Un apunte sobre la “regla general” en el Reglamento “Roma II””, *AEDIPr*, T. VIII, 2007, pp. 241-250, pp. 245-246.

⁸⁵ M. LEHMANN “A new piece in the puzzle...”, *cit.*, p. 24.

⁸⁶ Vid. G. VAN CALSTER “Effectenbezitters...”, *cit.*; M. LEHMANN “A new piece in the puzzle...”, *cit.*, pp. 24-25.

vo, existen, en mi opinión, argumentos para abogar por una traslación de las conclusiones de *VEB* al ámbito del RRII.⁸⁷

64. En primer lugar, porque, de acuerdo con el considerando 21 RRII, la norma del art. 6 RRII no es una excepción al art. 4.1 RRII sino “una aclaración a este”. Si se trata de una aclaración del lugar de producción del daño tal y como lo establece el art. 4.1 RRII para los casos de ilícitos concursionales, se sigue que sería posible hacer una interpretación similar del art. 4.1 RRII que permitiera localizar el daño en el mercado afectado cuando los objetivos de política legislativa del ilícito de que se trate así lo aconsejen. Por los motivos que venimos señalando en este trabajo, que son igualmente trasladables al ámbito de la ley aplicable, este es el caso de las informaciones engañosas vertidas en los mercados de valores.⁸⁸

65. Pero es que, además, una conclusión diferente lleva a resultados todavía más inadecuados que en el ámbito del RBI bis. Si tomamos la jurisprudencia anterior del TJUE que, dicho simplificada-mente, localiza el daño en la cuenta del inversor, el emisor no podría de ninguna manera anticipar cuál va a ser la ley aplicable a su responsabilidad. Habida cuenta de que el inversor puede abrir una cuenta en el país que considere y dado el carácter universal del RRII (art. 3), esa ley puede ser la de cualquier país del mundo. Por supuesto, esto es contrario a los objetivos de previsibilidad y seguridad jurídica del reglamento. En cambio, la aplicación de la ley del lugar donde se localiza el mercado tiene un número importante de ventajas. No solo resulta previsible para ambas partes, sino que garantiza el paralelismo con las normas regulatorias incumplidas y, con ello, fomenta la función de *enforcement* que desempeñan las normas de responsabilidad civil. Con la aplicación de una única ley (o al menos un número limitado de ellas, tantas como mercados haya), que además son las del o los tribunales competentes, se garantiza el mismo trato a todos los inversores que han adquirido en el mismo mercado (y, por tanto, se han visto perjudicados por los mismos precios distorsionados), y se favorece el ejercicio de acciones colectivas.⁸⁹

66. En cualquier caso, lo que es claro es que, en ausencia de jurisprudencia del TJUE y a pesar de las ventajas que tendría desde el punto de vista de los objetivos de política legislativa, no hay acuerdo acerca de que el enfoque de la sentencia *VEB* se pueda extender al art. 4.1 RRII. Y ello aun cuando otra interpretación de la norma llevaría a resultados potencialmente poco adecuados.⁹⁰ No es de extrañar, pues, que una de las cuestiones que se han planteado repetidamente es la posibilidad de incluir una regla especial en esta materia en el RRII. Más allá de las propuestas doctrinales,⁹¹ la subcomisión de Derecho del mercado de valores del *Deutschen Rat für Internationales Privatrecht* elaboró una propuesta inspirada en la regla del art. 6 del RRII en materia de daños derivados de ilícitos concursionales, cuyo criterio de conexión principal es, precisamente, el mercado en el que están admitidos a negociación los valores.

⁸⁷ Vid. en este mismo sentido F. RIELÄNDER, “Financial torts...”, *cit.*, pp. 50-51.

⁸⁸ S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *El folleto...*, *cit.*, pp. 295-303. Vid. también, entre otros, sobre la aplicación de la ley del mercado afectado, con diferentes aproximaciones D. EINSELE, “Internationales Prospekthaftungsrecht...”, *cit.*, o P. MANKOWSKI, “Finanzverträge...”, *cit.*

⁸⁹ La doctrina, por lo general, está de acuerdo en las ventajas que conllevaría la aplicación de la ley del mercado afectado, aun cuando sean cautelosos en cuanto a la posibilidad de aplicar esta ley de *lege lata*. Vid. M. LEHMANN “A new piece in the puzzle...”, *cit.*, p. 25. No obstante, los tribunales neerlandeses, por ejemplo, ya han localizado el daño puramente financiero a efectos del RRII en el mercado donde los instrumentos financieros están admitidos a negociación. Vid. G. VAN CALSTER “Petrobas securities class action. Applicable law update: Dutch court holds under Rome II on lex causae in tort for purely economic loss. Place of listing wins the day (and leads to Mozaik)”, 12 de marzo de 2020, <https://gavclaw.com/2020/03/12/petrobas-securities-class-action-applicable-law-update-dutch-court-holds-under-rome-ii-on-lex-causae-in-tort-for-purely-economic-loss-place-of-listing-wins-the-day-and-leads-to-mozaik/>. Hay otros problemas en la aplicación del RRII a este tipo de escenarios que no abordamos en este trabajo. Por ejemplo, los derivados del art. 4.2 RRII. Vid sobre estas cuestiones en S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *El folleto...*, *cit.*, pp. 346 y ss.

⁹⁰ También sobre la problemática de la aplicación del art. 4.1 RRII en casos de los daños financieros por información engañosa en el mercado de valores, vid. el documento elaborado por el *British Institute for International and Comparative Law* a petición de la Comisión Europea, cuyo objeto es servir de base al informe sobre la aplicación del RRII de 2010 a 2020 (*British Institute for International and Comparative Law and Civic Consulting, Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (EC) No. 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (“Rome II Regulation”)*, JUST/2019/JCOO_FW_CIVI_0167, 2021)

⁹¹ P. ej. en materia de responsabilidad derivada del folleto vid. S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *El folleto...*, *cit.*, pp. 369-375.

Cuando hay más de uno, el mercado relevante es aquel en el que el inversor haya adquirido los valores.⁹² Esto es, de nuevo lo que se propone es una regla con un enfoque *market-oriented*.

V. Conclusiones

67. La interrelación en los supuestos de ilícitos del mercado de valores entre información engañosa que se difunde incumpliendo las normas de transparencia (p.ej. el Reglamento de Folletos, la Directiva de Transparencia o el Reglamento sobre abuso de mercado), la formación del precio de los valores negociables y el daño puramente financiero que sufre el inversor que adquiere los valores a un precio distorsionado por esa información engañosa dota a estos supuestos de características diferenciales respecto de otros ilícitos de los que también surge un daño puramente financiero. Esta diferencia se proyecta en la determinación del lugar en el que se materializa el daño a efectos de los RBI bis y RRII.

68. La jurisprudencia del TJUE en casos específicamente de ilícitos del mercado de valores es limitada (en el caso del RRII, inexistente) y el Tribunal se ha mostrado titubeante. Las especiales dificultades en la localización del daño en estos casos, dentro de los ya en general difíciles de localizar daños puramente financieros, lo explican. La primera sentencia, en el asunto *Kolassa*, localizaba el daño en el lugar de la residencia habitual del inversor y de la cuenta bancaria de este, y fue fuertemente criticada por la doctrina. *Universal Music* matizó esta solución, que se justificaba, según el Tribunal, por “una serie de circunstancias que contribuían a la atribución de competencia a dichos tribunales”. Por último, la sentencia *Löber* consolidó, al menos por un tiempo, el enfoque multifactorial que introdujo *Universal Music*, al considerar junto con la residencia y la cuenta bancaria del inversor esa “serie de circunstancias”, que incluían los tratos con los bancos intermediarios o la difusión de la información engañosa (en este caso a través de la notificación de un folleto informativo). Tanto en *Kolassa* como en *Löber*, y a pesar de que en esta primera no tiene cabida en el fallo, un elemento al que se dota de una relevancia principal es la difusión de la información engañosa. La diseminación de la información en el Estado miembro donde se localiza la cuenta del inversor es lo que hace que la solución sea previsible. Así lo afirma el Tribunal. En último término, es lo que justifica la competencia de los tribunales, aunque esto último el TJUE no lo ponga negro sobre blanco.

69. En la última sentencia de la saga, el asunto *VEB*, el TJUE por fin configura como criterio de conexión independiente, al menos en opinión de la mayor parte de la doctrina, el lugar de cumplimiento de las obligaciones de información que es, a su vez, donde se localiza el mercado donde los precios se han visto distorsionados y los inversores han adquirido los valores. Posteriormente, cuando la verdadera información sale a la luz, el precio se corregirá y los inversores sufrirán el daño. Así, la dinámica información-precio-daño, característica de los ilícitos del mercado de valores, subyace implícitamente en la localización del daño que hace el Tribunal. Los resultados que permite alcanzar la solución presentan un buen número de ventajas, si los comparamos con la jurisprudencia anterior del TJUE. No solamente garantiza que ambas partes puedan razonablemente prever ante qué tribunales tendrán que litigar, sino que existe una relación particularmente estrecha entre los tribunales y el litigio (están situados donde la información se difundió y los precios se vieron alterados) y reduce notablemente el número de tribunales competentes sobre la base del art. 7.2 RBI bis, lo que en último término también funciona en beneficio de los inversores al facilitar el ejercicio de las acciones colectivas.

70. A partir de aquí, queda un buen número de cuestiones abiertas. Una de las fundamentales es si este enfoque *market-oriented* va a quedar circunscrito a supuestos de mercado secundario, pues el

⁹² “Beschluss der Unterkommission „Finanzmarktrecht“ der Zweiten Unterkommission des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht”, de 31 de marzo de 2012. Véase el comentario de uno de los ponentes de la propuesta en M. LEHMANN, “Vorschlag für eine Reform der Rom II-Verordnung im Bereich der Finanzmarktdelikte”, *IPRAX*, Hefte 5, 2012, pp. 399-405, una traducción del autor al inglés en pp. 471-472, y una traducción al castellano en S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *El folleto...*, cit., pp. 381-383.

asunto *VEB* lo era, o bien se extenderá al mercado primario y desplazará el enfoque multifactorial en asuntos similares a *Kolassa* y *Löber*. Aunque es difícil anticipar cuál será la posición del Tribunal en estos casos en que la jurisprudencia ha dado tantos bandazos, en principio no existen razones que imposibiliten extender dicho enfoque al mercado primario (ni en atención a la formulación empleada en *VEB* ni a la naturaleza de las normas regulatorias que se habrían de incumplir) y sí, por el contrario, muchas ventajas en hacerlo. En concreto, las mismas que en el mercado secundario.

71. En materia de ley aplicable existe, con carácter general, un acuerdo entre la doctrina en que sería deseable la aplicación de la ley del mercado afectado, p. ej. en términos de previsibilidad y equilibrio entre las partes. Lo que no está tan claro es si esa interpretación es posible *de lege lata*, ni siquiera después de la sentencia *VEB*, por las dificultades para extender la jurisprudencia al RRII. También aquí me parece que existen argumentos para realizar una interpretación *market-oriented* del art. 4.1 RRII, o al menos parece difícil pensar tras *VEB* que el TJUE vaya a admitir la aplicación de la ley de un país en el que no se haya producido difusión de información engañosa. Con todo, la situación sigue siendo la que era, con una importante división de opiniones e incertidumbre, que parece que solo se podría resolver con la intervención del TJUE o, idealmente, del legislador europeo, como se viene reclamando insistentemente.

Expropiación indirecta en los Tratados Bilaterales de Inversión latinoamericanos: la caja de pandora de las controversias neerlandesas en la región

Indirect expropriation in Latin-American Bilateral Investment Treaties: the Pandora's box of Dutch controversies in the region

TAHIMÍ SUÁREZ RODRÍGUEZ

Doctoranda en Derecho

Universidad de la Habana

ORCID: 0000-0003-3727-8607

Recibido:04.12.2022 / Aceptado:24.01.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7565

Resumen: El trabajo analiza el pronunciamiento sobre expropiación indirecta en los Tratados bilaterales de inversión suscritos por los países latinoamericanos con Países Bajos, el cual ha constituido fundamento preponderante en las demandas Inversionista-Estado neerlandesas contra América Latina debido a las carencias de que adolecen las elaboraciones existentes bajo los Modelos neerlandeses de acuerdos de inversión anteriores. El requerimiento de una nueva formulación sobre expropiación indirecta en los APPRI's latinoamericanos con el país europeo que incorpore las realidades y experiencias de las naciones de la región, así como las provisiones del Modelo neerlandés de Acuerdo de Inversión de 2019 al respecto, muestra posibilidades de mitigar las demandas de este tipo.

Palabras clave: Expropiación indirecta; TBI latinoamericanos y neerlandeses; Derecho Internacional de Inversiones.

Abstract: This paper analyzes the pronouncement on indirect expropriation in the bilateral investment treaties signed by the Latin American countries with Netherlands, which has constituted a preponderant basis in the Dutch Investor-State claims against Latin America, due to the shortcomings of the existing wordings under the Dutch Models BIT previous. The requirement of a new formulation on indirect expropriation in Latin American APPRI's with the European country which incorporates the realities and experiences of the nations of region as well as the provisions of the Dutch BIT Model of 2019 in this regard, shows possibilities to mitigate the claims of this kind.

Keywords: Indirect Expropriation; Latin-American and Dutch BITS; International Investment Law.

Sumario: I. Aproximaciones generales. II. Expropiación indirecta en los APPRI's latinoamericanos con Países Bajos. III. El estándar dorado neerlandés de protección en sus modelos de Acuerdos de Inversión de 1997-2019 versus sus controversias en América Latina por expropiación indirecta. IV. Lecciones aprendidas. V. ALEA IACTA EST.

I. Aproximaciones generales

1. La sistemática invocación de la expropiación indirecta en los arbitrajes Inversionista-Estado mundialmente, se desarrolla desde el controversial concepto y tratamiento que se le brinda en la doctrina, jurisprudencia y textos convencionales a nivel internacional, lo que ha propiciado que ocupe lugar preeminente en el debate dentro de la agenda del Derecho Internacional de Inversiones y los APPRI'S en los últimos años.

2. Los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPRI's) latinoamericanos rubricados con Países Bajos, no ajenos a esta realidad, establecen la expropiación indirecta, sirviendo de instrumento y sustento legal en las controversias que los inversores neerlandeses han interpuesto contra los Estados latinoamericanos bajo la citada figura, las que constituyen el 30%¹ del total de demandas de ese país por arbitrajes Inversionista-Estado en la región. A la vez, conviene destacarse, que Países Bajos es considerado como el segundo país a nivel internacional con más demandas interpuestas de sus inversionistas a los Estados, soportadas la mayoría de ellas en posibles vulneraciones de las obligaciones establecidas en los Tratados de inversión que posee, y que alcanzan una cifra de ciento siete (107) APPRI's, de los cuales diecinueve (19) son con naciones latinoamericanas.

3. En los textos mencionados subyace el diseño tradicional de la cláusula de expropiación y el pronunciamiento de la expropiación indirecta, inclusive en concordancia con los Modelos de Acuerdos neerlandeses hasta el 2004, que ofrecían un abordaje de la expropiación indirecta en una redacción genérica circunscrita al mero reconocimiento a través de la expresión “medidas de privación indirectamente”, como lo muestra el último APPRI suscrito con República Dominicana por Países Bajos en el 2006. Sin embargo, el actual Modelo neerlandés de 2019 es mucho más minucioso y define a la expropiación indirecta y demás cuestiones alrededor de la figura, lo que ha hecho se le distinga entre los más avanzados a nivel internacional en relación con la materia y referente globalmente.

4. Por otra parte, al país europeo se le reconoce por exhibir el estándar dorado de protección a los inversionistas, lo que contempla el facilitarles y hacerle accesible la ruta para interponer demandas en el supuesto que se requiriese, incluyendo aquellas por expropiación indirecta en los APPRI's. Dicha figura ha sido reconocida tanto en los Modelos neerlandeses de inversiones en el transcurso del tiempo y hasta el presente con el vigente del 2019, como también en sus primeros APPRI's suscritos, aun con inexactitudes marcadas.

5. Paralelamente, salta a la vista que, la mayoría de las reclamaciones neerlandesas por expropiación indirecta contra Estados latinoamericanos provienen de empresas multinacionales, como Highbury International Avv o Rabobank, con una presencia importante en la región. Tales compañías han identificado la posibilidad de demandar a los Estados a través de los APPRI's y el pronunciamiento impreciso sobre expropiación indirecta contenido en ellos, cuando han percibido que sus intereses han sido perjudicados, posición que justifican y sostienen por la alta influencia que ejercen en buena parte de los países de América Latina, constituyéndose en un poder hegemónico en los países anfitriones donde realizan sus inversiones. Una ojeada a algunas de las reclamaciones Inversionista-Estado sobre expropiación indirecta y los elementos esgrimidos en las demandas contra los países de mayor incidencia en el ámbito latinoamericano sobre los cuales existen laudos públicos que resultaron a favor del inversor así lo constatan.

6. En el presente trabajo se examinarán los pronunciamientos sobre expropiación indirecta en las cláusulas de expropiación en los APPRI's latinoamericanos con Países Bajos identificando los aciertos y falencias que presentan, así como la convergencia o diferencia que se evidencian con los Modelos

¹ De las treinta (30) demandas de Países Bajos contra naciones latinoamericanas desde la primera en 1996 hasta el 2021, nueve (9) son por expropiación indirecta.

neerlandeses de inversión de 1997 y 2004 adoptados previamente al vigente de 2019, y el impacto que tales formulaciones han tenido como soporte en las controversias neerlandesas en la región. La necesidad de una reformulación de las disposiciones sobre expropiación indirecta en los Tratados de inversión de los países de América Latina con la nación neerlandesa desde una perspectiva auténtica y más garantista, considerando las experiencias, realidades y desafíos propios, constituye esencial, así como el modo eficaz de lograr la mayor protección posible frente a los reclamos de los inversionistas neerlandeses sobre este particular.

II. Expropiación indirecta en los APPRI's latinoamericanos con Países Bajos

7. Desde los 90 la realidad latinoamericana no ha registrado variaciones notables en relación con los APPRI's y la llegada del siglo XXI hasta la fecha. Durante la veintena de años transcurridos del 2000 al 2021 se han rubricado en la región una cifra de 223 APPRI's² sin variar redacción asumida desde sus inicios, excepto contados textos y países del área. Apenas unos pocos incluyen provisiones con una definición de la expropiación indirecta, presupuestos para su configuración, límites y excepción a la expropiación regulatoria. Una parte no despreciable de estos acuerdos suscritos y que entraron en vigor desde aquellos años fueron entre países del Sur con países desarrollados, en particular, con naciones europeas, tendencia que se mantiene hasta el presente³ y en la que se incluyen los APPRI's suscritos con Países Bajos.

8. América Latina firma su primer APPRI con Países Bajos en 1988 a través de Uruguay, país que fue pionero en la rúbrica de este tipo de acuerdos en la región y que adicionaría su texto convencional a los veinticuatro (24) Tratados bilaterales de inversión que suscribiera en la década de los 80 la zona latinoamericana, para incrementar la lista de los ya existentes desde los años 60 y 70, y arribar a la expansión que se registraría de estos Acuerdos en los 90 y años sucesivos. Evidencia del comportamiento en dichos años lo constituyen los trece (13) APPRI's que Latinoamérica firmó en esa época con Países Bajos⁴, mostrándose en todos la presencia de la expropiación indirecta. Nótese, que los 90 poseen como referentes más cercanos a la figura los artículos 1605 y 1110 del Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá⁵ y el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica⁶ respectivamente, ambos desde una notable ambigüedad que ha favorecido hasta el día de hoy un escenario probable para reclamaciones de este tipo contra los Estados.

9. Posteriormente al APPRI de Uruguay en 1988 se signarían dieciocho (18) textos adicionales para conformar un total de diecinueve (19) Acuerdos firmados por Latinoamérica con el país de los tulipanes: (2) en 1991 con Venezuela y Jamaica; (3) en 1992 con Bolivia, Argentina y Paraguay; (1) en 1994 con Perú; (3) en 1998 con México, Brasil y Chile; (4) en 1999 con Costa Rica, Ecuador, El Salvador

² Conferencia de Naciones Unidas para el comercio y el desarrollo (UNCTAD), "Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión más recientes", 2022. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

³ La región latinoamericana concentró cerca del 40% de sus APPRI's con países de la Unión Europea en los años 90: México y Uruguay alcanzaron el 50% de sus APPRI's con los citados países europeos, Venezuela el 44,4%, Bolivia el 43,7%, Perú el 40%, Chile el 35,7%, Argentina el 30,9%, Paraguay el 28,5% y Ecuador el 23,5 %, entre otros. Países como Reino Unido y España suscribieron alrededor de 15 Acuerdos de este tipo con América Latina, de igual modo Alemania 13, Países Bajos 12, Francia 11 e Italia 8. En este porcentaje no se considera a Brasil, en tanto, aún cuando suscribió en esta época 14 Acuerdos de este tipo y 9 fueron con países de la Unión Europea, ninguno ha entrado en vigor, por lo que el texto del Tratado no puede ser invocado y por ende demandado el Estado por esta razón. *Vid.* UNCTAD, "Acuerdos Internacionales de Inversión", 2022, Disponible en: <http://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

⁴ UNCTAD, "Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión Países Bajos", 2022. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/148/netherlands>

⁵ The Canada-US Free Trade Agreement (FTACUS) suscrito el 04/10/1988 y que entró en vigor el 01/01/1989, Artículo 1605, p. 236. Disponible en: http://international.gc.ca/trade-commerce/Trade-agreements-accords_commerciaux/agracc/united_states_etats_unis/fta_ale/background_contexte.aspx?lang=eng

⁶ North American Free Trade Agreement (NAFTA) suscrito el 17/12/1992 y que entró en vigor el 01/01/1994, Artículo 1110, p. 11-7. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2412>

y Cuba; (2) en el 2000 con Panamá y Nicaragua; (2) en el 2001 con Guatemala y Honduras; (1) en el 2006 con República Dominicana.

10. De ellos, permanecen vigentes hasta la actualidad diecisiete (17), en tanto, fueron terminados los de Bolivia y Venezuela en 2007 y 2012 respectivamente, a partir de la decisión de ambos países de asumir el enfoque de retiro, sustentado en la denuncia de los acuerdos en vigor que el país posea y el retiro, de ser el caso, del Convenio de Washington sobre arreglos de diferencias relativos a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CW). Además, en el caso Venezolano a la fecha de terminación, el país mostraba treinta y tres (33) demandas Inversionista-Estado, de las cuales doce (12) se sostenían sobre el mencionado APPRI con el país europeo, a lo que puede adicionarse que hasta la fecha actual, se han sumado cinco (5) demandas más bajo este texto⁷. En similar situación se encontraba Bolivia que en 2009 mostraba en su haber cinco (5) reclamaciones de este tipo, siendo dos (2) de estas demandas sustentadas en este Acuerdo de inversión con Países Bajos⁸, aunque a diferencia de Venezuela, después de dar por terminado el Tratado no ha recibido reclamaciones bajo el mismo. Por tanto, en ambos países los Acuerdos de inversión con la nación neerlandesa constituían una herramienta de amenaza en manos de los inversionistas contra el Estado, por lo que de no renegociarse, la solución encontrada fue concluirlos y mitigar tal riesgo.

11. Solo en seis (6) de los Acuerdos mencionados se nominalizaron las cláusulas sobre expropiación, enfatizando en la referencia a indemnización o compensación, a excepción de los de Nicaragua y Guatemala, como modo de remarcar que ante una acción expropiatoria aparejadamente ha de producirse una indemnización al expropiado. En todos, se incorporó la expropiación indirecta bajo diversas redacciones pero con una carencia de una definición sobre la figura y solo haciendo una enunciación de la misma, constituyendo la más usual aquella que se refiere a la figura como “medidas de privación indirectamente” (Jamaica, Bolivia, Paraguay, Perú, México, Brasil, Chile, El Salvador, Cuba, Nicaragua, Guatemala, Honduras, República Dominicana)⁹ y que fue la adoptada por Países Bajos en sus Modelos de Acuerdos de inversión de 1997¹⁰ y 2004¹¹.

12. Sin embargo, países como Argentina, Costa Rica, Ecuador, Uruguay y Venezuela se desmarcan de dicha redacción. Argentina manifiesta la presencia de la figura como “cualquier medida indirecta de expropiación u otra medida de naturaleza similar o efecto similar”¹². Por su parte, los textos

⁷ Vid. UNCTAD, “Tabla de Disputas Venezuela”, 2022. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/228/venezuela-bolivarian-republic-of>

⁸ Vid. UNCTAD, “Tabla de Disputas Bolivia”, 2022. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/24/bolivia-plurinational-state-of>

⁹ Vid. UNCTAD, “Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión Países Bajos”, ref.4

¹⁰ Artículo 6 del Modelo de Acuerdo de Inversión Neerlandés de 1997: *Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, nationals of the other Contracting Party of their investments unless the following conditions are complied with: a) the measures are taken in the public interest and under due process of law; b) the measures are not discriminatory or contrary to any undertaking which the Contracting Party which takes such measures may have given; c) the measures are taken against just compensation. Such compensation shall represent the genuine value of the investments affected, shall include interest at a normal commercial rate until the date of payment and shall, in order to be effective for the claimants, be paid and made transferable, without delay, to the country designated by the claimants concerned and in the currency of the country of which the claimants are nationals or in any freely convertible currency accepted by the claimants. Vid. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2857/download>*

¹¹ Artículo 6 del Modelo de Acuerdo de Inversión neerlandés de 2004: *Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, nationals of the other Contracting Party of their investments unless the following conditions are complied with: a) the measures are taken in the public interest and under due process of law; b) the measures are not discriminatory or contrary to any undertaking which the Contracting Party which takes such measures may have given; c) the measures are taken against just compensation. Such compensation shall represent the genuine value of the investments affected, shall include interest at a normal commercial rate until the date of payment and shall, in order to be effective for the claimants, be paid and made transferable, without delay, to the country designated by the claimants concerned and in the currency of the country of which the claimants are nationals or in any freely convertible currency accepted by the claimants. Vid. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2859/download>*

¹² Vid. Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la

costarricense y uruguayo se refieren a la figura doblemente en forma negativa, el primero enmarcando que: “Ninguna de las Partes Contratantes tomará (...) indirectamente, medidas para (...) expropiar, o cualquier otra medida que tenga un efecto equivalente”¹³; y el segundo que: “Ninguna de las Partes tomará (...) indirectamente medidas de expropiación (...) o de cualquier otro tipo que tenga un efecto equivalente (...) a la expropiación”¹⁴. Mientras el ecuatoriano dispone que se “tomará (...) cualesquiera otras medidas que tengan el efecto similar que priven (...) indirectamente”¹⁵. El rubricado con Venezuela la referencia la hace en negativo: “Ninguna de las Partes (...) tomará medidas que tuvieren un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (...)”¹⁶. Como se observa si la mayoría se enfoca en el hecho concerniente a la privación que sufre el inversionista de su inversión, estos cinco (5) textos se enfocan en el efecto que la medida expropiatoria produce de forma similar a una expropiación (directa), es decir el despojo de la propiedad.

13. A pesar que en los textos convencionales se manejan elementos de la definición de expropiación indirecta, en ninguno se conceptualiza en función de lograr una tipificación en líneas generales de la figura, que se identifica conforme la doctrina, la jurisprudencia y algunos textos convencionales más modernos, como aquélla que resulta cuando se ha privado de la propiedad de un bien al titular de aquel (inversionista), no formalmente como en la expropiación directa con el traspaso del título de dominio sino *de facto*, a través de interferencias o medidas adoptadas por el Estado, que si ciertamente no constituyen una toma flagrante de la propiedad, a través de los efectos que generan, afectan, anulan de manera efectiva, los atributos fundamentales de la propiedad, entre los que se incluyen los derechos de uso, disfrute y disposición del bien. Tales afectaciones provocan la incapacidad del inversionista de ejercer sus derechos sobre la inversión similares a como si hubiese ocurrido una expropiación directa, por lo que esta se convierte en inservible, inútil, inviable para el inversor.

14. Por otra parte, en la evolución de la figura se le han incorporado presupuestos que constatan su probable presencia en un caso particular como son el impacto económico, duración y carácter de la medida que se adopta por el Estado así como el grado de interferencia del Estado en las legítimas expectativas de inversor, ninguna de ellas tampoco tuvo eco en los APPRI’s neerlandeses con América Latina.

15. Al mismo tiempo, los citados APPRI’s solo operan desde su reconocimiento genérico a la expropiación indirecta y soslayan la expropiación indirecta progresiva o *creeping expropriation*, incorporada desde el FTACUS al tratamiento de la figura y que se constata cuando el Estado adopta varias medidas que individualmente no se consideran expropiatorias, pero combinadas con otras que se generan gradual y sucesivamente, se conforman como equivalentes a una expropiación.

16. Sobre las condiciones o prerrequisitos en los APPRI’s mencionados, bajo diferentes alusiones se establece que para que se reconozca la expropiación debe existir un interés, propósito público, nacional o social o utilidad y/o necesidad pública, así como existe consenso en cuanto a la necesidad que las medidas no sean discriminatorias y se produzcan bajo el debido proceso legal.

República Argentina, suscrito en fecha 20/10/1992 y que entró en vigor el 01/10/1994, Artículo 7, p.4. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-file/107/download>

¹³ Vid. Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República de Costa Rica, suscrito en fecha 21/05/1999 y que entró en vigor el 01/07/2001, Artículo 6, pp.9 y 10. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-file/837/download>

¹⁴ Vid. Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Oriental del Uruguay, suscrito en fecha 22/09/1988 y que entró en vigor el 01/08/1991, Artículo 6, p.5. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-file/3280/download>

¹⁵ Vid. Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República de Ecuador, suscrito en fecha 27/06/1999 y que entró en vigor el 01/07/2001, Artículo 6, pp.4 y 5. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-file/1056/download>

¹⁶ Vid. Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República de Venezuela, suscrito en fecha 22/10/1991 y que entró en vigor el 01/11/1991, Artículo 6, p.4. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-file/2095/download>

17. En cuanto a la compensación, solo Costa Rica, Cuba, y Honduras asumieron la Fórmula Hull de forma expresa. Sin embargo, en los casos de Cuba y Honduras con leves modificaciones, el primero al referirse al valor genuino en vez del valor justo de mercado y el segundo al reconocer este, pero disponiendo que ante su ausencia entonces aplicaría como en el de Cuba el valor genuino. En el caso del Salvador, bajo similar sistemática que el de Honduras, lo hace desde una concepción diferente a adecuada de la Fórmula Hull: desde justa compensación, cual difiere de aquella. Sobre la afiliación a la Fórmula Hull también se destacan Jamaica, México y Argentina desde la descripción de los elementos de la fórmula sin su nominación expresa. Sin embargo, en el caso de Argentina la adecuada compensación se aplicará no al valor justo de mercado sino al valor genuino. El resto de los países utiliza el término justa compensación desde el valor genuino, redacción neerlandesa establecida en sus Modelos de 1997 y 2004, excepto Uruguay y Venezuela, que si mantuvieron la concepción del valor real el primero, y valor justo de mercado el segundo, aunque con la nominalización similar de justa para la compensación, por lo que en el caso venezolano asume bajo descripción, el contenido adjudicado para adecuada.

18. Ha de destacarse que el pronunciamiento sobre la expropiación indirecta en los APPRI's latinoamericanos con Países Bajos no difiere de la arraigada formulación comúnmente utilizada por la región en la mayoría de los Acuerdos de inversión hasta la actualidad. La mayoría incorporó las elaboraciones de los Modelos neerlandeses en el transcurso del tiempo¹⁷, incluso aquellos cuatro (4) países que al momento de rubricarlos poseían Modelos de inversión de referencia, a saber: Jamaica, Bolivia, Chile y Guatemala¹⁸, y en los que se reconocía de igual modo a la indirecta, en tres (3) de ellos bajo la teoría del *sole effects*¹⁹. No obstante, en contraposición a los Modelos propios, estos países abrazaron el texto de la nación europea a semejanza del Modelo de 1997. Apenas seis (6) de los diecinueve (19) textos suscritos fueron firmados antes del Modelo de inversión neerlandés de 1997, y sujetos entonces a los Modelos neerlandeses de 1987 (1) y 1993 (5) sin embargo, llama la atención, que excepto los de Argentina y Venezuela, los otros tres (3) tuvieron una elaboración similar al mencionado Modelo de 1997 lo que hace pensar que le sirvieron de base. Por dichas razones, de un modo u otro las provisiones sobre expropiación indirecta resultaron con similares ambigüedades que en la generalidad de los Tratados de inversión bilaterales latinoamericanos, que son pretexto suficiente para invocar expropiación indirecta por cualquier inversionista y los neerlandeses no serán la excepción, pues en dichos textos se constata que:

- a) destinan una cláusula a la expropiación con un pronunciamiento genérico sobre la indirecta desde dos (2) redacciones: privación indirectamente o tomar medidas que tengan un efecto equivalente o similar naturaleza a la expropiación o nacionalización, sin incluir ninguna otra distinción.
- b) ausencia de presupuestos para su configuración así como de excepción a la expropiación indirecta regulatoria y de otras protecciones relacionadas con la figura.
- c) trece (13) textos en el tópico sobre compensación, acogen que esta sea justa, argumento desde el Sur con fundamento en las Resoluciones No. 1803 de 1962 y No. 3171 y 3281 de la Asamblea General de la ONU en 1974 y lo que dispusieron al respecto. La primera que: “(...) se pagará al dueño la indemnización correspondiente (*appropriate compensation*), con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas en ejercicio de su soberanía y en conformidad con el derecho internacional”²⁰, mientras que la segunda estableció “que cada Estado tiene derecho a determinar el monto de la posible indemnización y

¹⁷ Once (11) bajo la impronta del Modelo de 1997 y uno (1) bajo el del 2004, pero que en materia de expropiación indirecta es copia exacta y literal del de 1997.

¹⁸ *Vid.* UNCTAD, “Modelos de APPRI en el mundo”, 2022. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>

¹⁹ Se focaliza en los resultados que provoca la aplicación de la medida o medidas adoptadas por el Estado para el inversionista, privación del uso, disfrute y disposición de su inversión.

²⁰ Resolución No.1803 (XVII) de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) de 14 de diciembre de 1962 relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, numeral 4, p.2. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/naturalresources.aspx#:~:text=1.,del%20pueblo%20del20respectivo%20Estado>

*las modalidades de pago (...)*²¹. Posición esta última ratificada por la Resolución No. 3281 conocida como Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados que dispuso que al producirse una expropiación todo Estado deberá “*pagar una compensación apropiada teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el estado considere pertinentes(..)*”²². Tal postura aseguraría un reconocimiento a las realidades y situación financiera que usualmente presentan los países subdesarrollados sino le acompañaran otros vocablos como sin demora, valor genuino de mercado y otras acotaciones que entonces limitan lo establecido y defendido desde las citadas resoluciones.

19. La realidad muestra las falencias y disfuncionalidades en los textos y sus disposiciones sobre la expropiación indirecta, en los que no se provee una definición así como tampoco presupuestos para su configuración, excepción a la expropiación indirecta regulatoria u otras protecciones relacionadas con la figura, propiciando terreno fértil para las demandas. Soporte legal no soslayado por los inversionistas neerlandeses que la han convertido en la caja de pandora de sus controversias Inversionista-Estado contra América Latina.-

III. El estándar dorado neerlandés de protección en sus modelos de Acuerdos de Inversión de 1997-2019 versus sus controversias en América Latina por expropiación indirecta

20. Países Bajos con 17.193.499 de habitantes y una superficie 41.500 km², constituye la economía décimo séptima (17) por volumen del PIB a nivel mundial. A su vez, ocupa el puesto décimo (10) en el ranking per cápita de PIB de ciento noventa y seis (196) países en el planeta²³. Además, en cuanto a la plataforma Doing Business se encuentra en el número treinta y seis (36) de ciento noventa (190) países y posee el puerto y complejo industrial más grande de Europa con más de 40 km de longitud, situado en Rotterdam²⁴. De similar modo, muestra las primeras posiciones en diversos rankings internacionales económicos y de desarrollo.

21. En consecuencia, ello contribuye a que en su territorio se asienten empresas, entidades y multinacionales importantes bajo la protección peculiar que el Estado neerlandés brinda a los inversionistas, particularmente desde fuertes incentivos fiscales de distintos órdenes como por participaciones en compañías subsidiarias, por ahorro energético, por inversiones protectoras del medio ambiente, etc, que le ha conferido al país el reconocimiento como poseedor del estándar dorado de protección a los inversionistas a nivel mundial, basado en su postura de atracción de inversiones a suelo neerlandés por años. En el 2016, ocupaba el primer lugar como el país de mayor cantidad de inversores mundialmente en términos de flujos de inversión, destacándose que ha liderado los rankings globales de inversión en la última década como resultado de las vastas cantidades de capital fluyendo a través de los llamados vehículos propósitos y compañías de cartera²⁵.

²¹ Resolución No. 3171 (XXVIII) de la AGNU de 5 de febrero de 1974, numeral 3, p.58. Disponible en: [https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/3171\(XXVIII\)](https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/3171(XXVIII))

²² Resolución 3281 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974, (Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados), UN Doc A/ RES/3281(XXIX), Artículo 2.2 inciso c), p. 56. Disponible en: <https://www.dipublico.org/3978/resolucion-xxxix-de-la-asamblea-general-de-las-naciones-unidas-carta-de-derechos-y-deberes-economicos-de-los-estados/>

²³ OFICINA DE INFORMACIÓN DIPLOMÁTICA DEL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN DEL REINO DE ESPAÑA, “Perfil país Países Bajos”, Junio 2022, pp. 1-10. Disponible en: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.Exteriores.Gob.Es/documents/fichaspais/paisesbajos_ficha%2520pais.Pdf&ved=2ahukewio4rxlpnz7ahxprzabhfg1ds0qfnoecawqbg&usq=aovvaw12azdwo5hhnilledmwmqy

²⁴ BANCO EXTERIOR DE VENEZUELA, “Perfil país Reino de los Países Bajos, Ficha Técnica”, 2022, pp. 1-15. Disponible en: <https://www.bancoex.gob.ve/wp-content/uploads/2022/07/Perfil-Paises-Bajos-2022.pdf>

²⁵ R. VAN OS, “Dutch Investment Treaties: Socialising Losses, Privatising Gains”, K. Singh and B. Ilge (Coord), Rethinking bilateral investment treaties: critical issues and policy choices, Editado por Both Ends, Madhyam y Somo, 2016, pp.171-187

22. Basta mencionar litigio generado por sede principal de la transnacional UNILEVER en Rotterdam en el año 2020, debido a la habitual estructura que la multinacional ha defendido de tener dos (2) oficinas matrices: una en Londres y otra en Rotterdam. Controversia ganada a favor de Países Bajos, que logró que la compañía mantuviera su sede principal dentro de territorio neerlandés bajo elevadas presiones fiscales, en las que Unilever debería pagar 11 000 millones de euros por multa fiscal por traslado de casa matriz para otro país que no grava los dividendos²⁶. Victoria al fin, muestra el modo rudo de negociar y lograr la garantía de sus intereses con los inversionistas e inversión neerlandesas. Nótese que la compañía aporta al fisco neerlandés alrededor de 200 millones de euros anuales, botín que el país de los tulipanes no está dispuesto a perder.

23. Bajo este velo, de protección a intereses neerlandeses, Países Bajos garantiza a sus inversionistas extranjeros una cartera de incentivos y protecciones, que se extienden a sus inversiones en los países anfitriones donde establecen las mismas. No es casual que algunas compañías muden su nacionalidad hacia Países Bajos con el propósito de beneficiarse de los BITS neerlandeses en determinada región y naciones, en tanto, el país muestra una cobertura de ciento siete (107) APPRI's suscritos, el primero firmado con Tunisia en 1963. De ellos, setenta y cinco (75) en vigor y veintisiete (27) terminados²⁷. Unido a ello posee novena y cuatro (94) tratados para evitar la doble imposición internacional, lo que convierte al país en muy atractivo para los inversores, particularmente para multinacionales, lo que incluye sus subsidiarias.

24. En este escenario favorable, Países Bajos, fue de los primeros países europeos en suscribir Acuerdos bilaterales de inversión con América Latina, región con la que firmó en la década de los 90's doce (12) APPRI's. El primero fue el rubricado con Uruguay en 1988, al que le sucederían, aquellos ya mencionados en los 90's y otros en los 2000's hasta llegar a la cifra de diecinueve (19) textos convencionales de este tipo con América Latina, los que han sido el fundamento en sus demandas Inversionista-Estado contra los Estados latinoamericanos.

25. En 1996 se conoció la primera demanda por inversiones de Países Bajos contra un país de la región hasta ascender en el 2021 a una cifra de treinta (30)²⁸, invocándose en nueve (9) de ellas expropiación indirecta, implicados seis (6) países y seis (6) APPRI's. Entre los laudos disponibles pueden citarse a modo de ejemplo el de Álvarez y Marín Corporación S.A., Bartus Van Noordenne, Cornelis Willem Van Noordenne, Estudios Tributarios Ap S.A., Stichting Administratiekantoor Anbadi vs Panamá y el de Highbury International Avv y Ramstein Trading INC. vs Venezuela, los cuales ofrecen una aproximación sobre la invocación a la figura a partir de su sustento legal en los APPRI's involucrados.

1. Laudo CIADI Caso No. ARB/15/14 Álvarez y Marín Corporación S.A., Bartus Van Noordenne, Cornelis Willem Van Noordenne, Estudios Tributarios Ap S.A., Stichting Administratiekantoor Anbadi vs Panamá²⁹.

26. La controversia surge asociada a las medidas implementadas por el Estado panameño que, según alegaron los inversionistas, afectaron el desarrollo de su inversión en la República de Panamá,

²⁶ Vid. M.J. DE LA MERCED, "The Unilever building in London, in 2018. For nine decades, the company has had headquarters in Britain and the Netherlands", New York Times, Junio 2020. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2020/06/11/business/unilever-headquarters.html>

²⁷ UNCTAD, "Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión Países Bajos", 2022, ref. 4

²⁸ UNCTAD, "Tabla Disputas de Inversión Países Bajos", 2022. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/148/netherlands/investor>

²⁹ Laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones de 12 de octubre de 2018, Álvarez y Marín Corporación S.A., Bartus Van Noordenne, Cornelis Willem Van Noordenne, Estudios Tributarios Ap S.A., Stichting Administratiekantoor Anbadi vs Panamá, Caso CIADI No. ARB/15/14, 2018, pp. 1-103. Disponible en: <https://www.italw.com/cases/3989>

consistente en un proyecto ecoturístico a través de la adquisición de cuatro fincas rústicas, ubicadas en la costa caribeña de la Comarca Ngöbe-Buglé – una división política especial creada en 1997 con el objetivo de proteger y promover el bienestar de las comunidades indígenas, conocida como la “Comarca”.

27. La mencionada zona está declarada protegida por el Estado panameño por la virginidad que contempla su paisaje natural, y en ella se restringe la adquisición de la propiedad privada, excepto la existente ante la ley panameña de 1997 “Ley de la Comarca”, por lo que al tiempo de aprobada la inversión, la prensa panameña se cuestionó la adquisición de las fincas y se desencadenaron investigaciones en el orden penal y administrativo al respecto. A la vez, ello incidió en que la Autoridad Nacional de Administración de Tierras, considerara que dos fincas estaban fuera de la Comarca y por ende implicaran la reubicación a un lugar distinta.

28. Ante tal decisión, unida a la ocupación forzosa de las fincas por la población como reacción al rechazo al informe filtrado de la referida Autoridad Nacional de administración de Tierras (ANATI), las demandantes alegaron destrucción del valor de su inversión, en tanto, se disminuye la superficie concebida para el desarrollo conjunto de cuatro fincas y no dos en la Comarca, además de no serle posible disponer de ellas.

29. Los inversionistas invocaron expropiación indirecta conforme los artículos 10.11 y 10.06 del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Panamá de 2002 (el ‘TLC’) y 6 y 3(1) del APPRI entre la República de Panamá y el Reino de los Países Bajos de 2000. Las Demandantes sostienen que Panamá expropió indirectamente su inversión al reubicar las fincas comarcales por medio del informe de la autoridad panameña correspondiente y permitir las invasiones de la población que las despojaron de la posesión de las referidas fincas. El Estado panameño refiere haber actuado bajo los poderes de policía y por ende no constituirse un acto expropiatorio y tampoco el deber de compensar.

30. De la referencia del citado APPRI entre la República de Panamá y el Reino de los Países Bajos, sobresale la redacción escueta que exhibe y que no aporta elementos de calificación sobre la expropiación indirecta al establecer: “*Ninguna Parte Contratante tomara medidas de privación (..) indirectamente en la Otra Parte contratante de sus inversiones (...)*”³⁰. Tal disposición significa que cualquier medida que prive indirectamente a los inversores de su inversión puede ser considerada como tal, pues adolece de conceptualización y delimitación sobre la figura, exclusión de los presupuestos para su configuración, así como de la *creeping expropriation* y de la excepción a la expropiación indirecta regulatoria.

31. En efecto, la excepción a la expropiación indirecta se constituye en elemento esencial para el Estado panameño que incluso, en este caso, contrapuso sus poderes de policía para la defensa de las medidas adoptadas contra el inversor como parte de sus facultades regulatorias: de haber estado concebida, hubiese sido suficiente con invocarla para este particular bajo protección del bienestar público y no materialización de compensación.

32. Por su parte, el APPRI panameño concibió en cuanto a este tópico una justa compensación, representada por el valor genuino de las inversiones afectadas incluyéndole un interés normal comercial. Aunque con la referencia a justa intentó un acercamiento a posiciones más del Sur, posteriormente incorpora los elementos de compensación de la Fórmula Hull³¹ al referirse a realizarse sin demora y en

³⁰ *Vid.* Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República de Panamá, suscrito en fecha 28/08/2000 y que entró en vigor el 01/09/2001, Artículo 6, pp.4 y 5. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-file/2070/download>

³¹ Nombre reconocido para la fórmula creada por el Secretario de Estado norteamericano Cordell Hull con respecto a la compensación debida a los inversores por nacionalización y que la definió como: adecuada cuando se basa en el valor justo del mercado, efectiva cuando se paga en moneda libremente convertible y pronta cuando es pagada sin demoras o en circunstancias excepcionales la pagada en parcialidades en un plazo lo más corto posible.

moneda de libre convertibilidad aceptada por las partes. En síntesis, el texto muestra, como la mayoría de los APPRI's latinoamericanos una elevada ambigüedad y con ello una exposición fundamental de los Estados ante los inversionistas en general, y específicamente con los neerlandeses acostumbrados a gozar de un régimen de inversiones favorecedor a sus intereses y que llevan a la práctica en su actuar cotidiano en los territorios donde realizan sus inversiones.

33. Dicha redacción, cual se constituye en *lex specialis* no encuentra adicionalmente complemento en la Constitución panameña excepto desde un pronunciamiento general referido a la posibilidad de expropiación con la correspondiente indemnización, lo que incluye una mención reiterada de la figura en varios artículos en acotación ante determinados bienes y situaciones. A la vez, dispone que la indemnización ha de ser adecuada sin delimitar el contenido, entrando en confrontación con el calificativo de justa establecido en el APPRI, en tanto, uno y otro no son sinónimos³².

34. Por su parte, la Ley No. 54, ley especial sobre inversión extranjera del país en el artículo 21 reconoce a la expropiación indirecta en el mismo sentido que en el APPRI citado, bajo la redacción genérica en negativo de que “*El Estado no tomará medidas (...) indirectas de expropiación o de nacionalización, ni ninguna otra medida similar, incluyendo la modificación o derogación de leyes que tengan el mismo efecto (...)*”³³. Paralelamente, dispone indemnización adecuada y no provee una definición que permita una identificación precisa de la expropiación indirecta con elementos que la tipifiquen, abriendo una brecha para la posibilidad de convocar una expropiación indirecta desde la generalidad de cualquier medida adoptada por el Estado de forma indirecta que perciba el inversionista como equivalente a una expropiación directa. Al mismo tiempo, la Ley especial establece utilizar en primer término para calcular la indemnización el valor comercial a diferencia del APPRI que dispuso valor genuino, no obstante, no es *numerus clausus*, pues la Ley expone que en el supuesto de ser compleja la valuación por este método se utilicen los principios de valuación generalmente aceptados y considerando una serie de elementos. Tales inexactitudes, son las que coadyuvan a la invocación sistemática de la figura en laudos como el referido en líneas *ut supra* contra Panamá y a la exposición frecuente del Estado panameño ante litigios de este tipo.

2. Laudo CIADI Caso No. ARB/11/1 Highbury International Avv y Ramstein Trading INC. vs Venezuela³⁴

35. La controversia surge según exponen los inversores, en febrero de 2002 a partir de que la empresa estatal Electricidad del Caroní (“Edelca”), con el apoyo de las fuerzas militares venezolanas, tomó posesión de las zonas atribuidas a las Concesiones Alfa y Delta para ser utilizadas en la ejecución de un proyecto hidroeléctrico en el río Caroní (“Proyecto Tocoma”), impidiendo el acceso a la explotación de las áreas mineras en concesión así como denegación del acceso para retirar sus equipos de trabajo, documentos e incluso bienes personales de sus trabajadores. Conforme alegaron los inversionistas estas medidas afectaron el desarrollo de su inversión en la República de Venezuela, consistente en concesiones de explotación de oro y diamantes en la zona del río Bajo Caroní, denominadas ALFA 1, 2 y 3 (“Concesiones Alfa”) y DELTA A, B, C y D (“Concesiones Delta”).

³² Vid. Constitución Política de la República de Panamá de 11 de octubre de 1972 reformada el 8 de noviembre de 2004, Gaceta Oficial de la República de Panamá No. 25176 de 15 de noviembre de 2004, artículos 48, 51, 85 y 286, pp.1-136. Disponible en: <https://www.google.com/search?q=constitucion+paname%C3%B1a+vigente+2022&oq=&aqs=chrome.1.35i39i362l5...5.-1j0j7&client=ms-android-xiaomi-rvo3&sourceid=chrome-mobile&ie=UTF-8>

³³ Ley 54/1998, de 22 de julio de 1998, de Estabilidad Jurídica de las Inversiones, Gaceta Oficial de la República de Panamá No. 23593 de 24 de julio de 1998, pp. 1-12. Disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://toroperezballadares.com/wp-content/uploads/2018/08/Ley-54-de-22-de-julio-de-1998.pdf&ved=2ahUKEwiMuvDWhN77AhU9QjABHRBQAI8QFnoECB4QAQ&usq=AOvVaw0Yo7D4Y-F1DwZ6wcZAS3G2>

³⁴ Laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones de 26 de septiembre de 2013, Highbury International Avv y Ramstein Trading INC. vs Venezuela, Caso CIADI No. ARB/11/1, 2013, pp. 1-76. Disponible en: <https://www.italw.com/cases/2558>

36. Los inversionistas invocaron expropiación indirecta conforme el artículo 6 del APPRI entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos de 1991. Las Demandantes sostienen que Venezuela expropió indirectamente su inversión al obviar las concesiones otorgadas y permitir la posesión de las áreas mineras donde se ubicaban los yacimientos auríferos y diamantíferos. El Estado venezolano refiere que los inversores fueron notificados de la improcedencia de sus concesiones en esa área y solo después de ello es que Edelca operó amparada en leyes y regulaciones venezolanas. Además, se expone no haberse producido tal irrupción, invasión de Edelca en las concesiones de los inversores, y que esta solo utilizó una parte del área 1 de la Concesión Alfa, a la vez que señala que después de febrero del 2002 los inversores continuaron utilizando las concesiones.

37. No obstante, lo cierto es que bajo la referencia del mencionado APPRI entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos, en un reconocimiento a la expropiación indirecta con la redacción en negativo de que: “*Ninguna de las Partes Contratantes (...) ni tomará medidas que tuvieren un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación en relación a tales inversiones (...)*”³⁵ sin conceptualizarla ni delimitarla, con exclusión de los presupuestos para su configuración así como de la *creeping expropriation* y la excepción a la expropiación indirecta regulatoria, por lo que cualquier acto del Estado venezolano puede considerársele como tal expropiatorio de modo indirecto.

38. El texto, semejante a la habitual redacción de los APPRI’s de los 90, concibió una justa compensación, aunque posteriormente incorpora los elementos de compensación de la Fórmula Hull³⁶ al referirse a realizarse sin demora indebida y en moneda de libre convertibilidad (efectiva). Este Acuerdo constituye el primero y más invocado de los APPRI’s latinoamericanos por los inversionistas neerlandeses en sus demandas, sin embargo, se ha de apuntar que los países de la región sostienen similar sistemática.

39. Los inversionistas también se sustentan en la omisa referencia a la expropiación indirecta en la legislación venezolana que les favorece al solo invocarla mediante el texto convencional, que por demás no es preciso. La Constitución enuncia solo que la propiedad podrá ser sometida a restricciones, cual se entiende incluye en este supuesto a la expropiación al implicar una limitación a los derechos fundamentales de la propiedad, cuando además en última línea del artículo establece que: “*podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes*”³⁷, pero sin otra distinción adicional en el resto del texto de la Carta Magna. Sin embargo, a diferencia de Panamá, si dispone justa compensación como en el APPRI, aunque difiere en cuanto a uno de los elementos de la Fórmula Hull que aquel acoge, pues en vez de esbozar pago sin demora, dispone pago oportuno, cual no implica similitud de significado y contenido técnico. En cuanto, a su ley especial, Ley Constitucional de Inversión Extranjera Productiva (2017) no existe pronunciamiento.

40. Conviene subrayar, que aun cuando no se encuentran disponibles los pagos derivados de las demandas *ut supra* citadas, cualquiera haya sido su modo de resolución, lo cierto es que constituyeron gastos considerables para dichos Estados, en tanto, en la de Álvarez Marín vs Panamá los inversionistas interpusieron su reclamación por 100.00 mln USD³⁸ y en la demanda contra Venezuela la cifra solicitada

³⁵ Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República de Venezuela, ref.16

³⁶ Nombre reconocido para la fórmula creada por el Secretario de Estado norteamericano Cordell Hull con respecto a la compensación debida a los inversores por nacionalización y que la definió como: adecuada cuando se basa en el valor justo del mercado, efectiva cuando se paga en moneda libremente convertible y pronta cuando es pagada sin demoras o en circunstancias excepcionales la pagada en parcialidades en un plazo lo más corto posible.

³⁷ *Vid.* Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 de 17 de noviembre de 1999, Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 36860 de 30 de diciembre de 1999, artículo 115, pp. 312.178 1-201. Disponible en: https://www.Google.Com/url?Sa=t&source=web&rc=j&url=http://www.Minci.Gob.Ve/wp-content/uploads/2011/04/constitucion.Pdf&ved=2ahukewjzv6h_937ahxkszabhvpsc4qqfnoeckqqaq&usq=aovvaw1sysh6lanwzcli1oku11om

³⁸ *Vid.* Cifra solicitada por el demandante. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/619/-lvarez-y-mar-n-corporaci-n-and-others-v-panama>

a pagar fue de \$209.7 mln USD³⁹ por la expropiación indirecta de concesiones mineras. Aun cuando sea probable que no se pagasen las cantidades inicialmente solicitadas, los costos en el ámbito financiero para países latinoamericanos no se puede soslayar, considerando que son países subdesarrollados con situaciones económicas complejas cíclicamente, a los que el desembolso de cifras como las que comúnmente conllevan las demandas de este tipo implica un perjuicio para los Estados elevado junto al daño reputacional a los mismos.

41. Como expone el informe del Instituto Transnacional (TNI) sobre Impactos de las demandas de arbitraje de inversores contra Estados de América Latina y el Caribe, incluidas las neerlandesas: “(...) en el sistema de arbitraje internacional, los Estados siempre pierden, ya que las demandas les cuestan millones de dólares en gastos de defensa y de proceso. Aun en casos donde los tribunales de arbitraje no fallan contra el Estado, la propia demanda implica un gasto excesivo en contratación de firmas de abogados que pueden cobrar hasta USD 1000 la hora de asesoramiento (...)”⁴⁰. En efecto, sobresale que en la mayoría de los casos de las demandas por expropiación indirecta de los países latinoamericanos con Países Bajos, correspondieron a Empresas multinacionales neerlandesas como Rabobank⁴¹ o subsidiarias basificadas en ese territorio como Bureau Veritas Inspection, Valuation, Assessmant and Control, BIVAC B.V, Conocophillips Hamaca B.V., Conocophillips Gulf Of Paria B.V. , Shell Brands International⁴², entre otras, con recursos financieros suficientes para librar una cruzada de tales magnitudes en el arbitraje de inversiones.

42. A la acotación anterior se suma, como fenómeno de generalidad con Países Bajos, que las compañías neerlandesas demandantes poseen el denominado planeamiento de la nacionalidad para beneficiarse de los BIT’S neerlandeses, los cuales las colocan en posiciones más ventajosas para arremeter contra América Latina, a partir, de beneficiarse del conocido “estándar dorado a los inversionistas” que propugna el país de los tulipanes. Como refiriera el informe del *Centre for Research on Multinational Corporations* (SOMO) de “(...) las empresas transnacionales y otros inversores que utilizan a los Países Bajos como su sede central (...) Sólo el 13 por ciento (...) son, de hecho, holandeses: el 84 por ciento de las demandas provienen de empresas no holandesas y el 3 por ciento tienen origen desconocido. El 77 por ciento de todas las demandas supuestamente holandesas son iniciadas por empresas fantasma, sin presencia comercial u operativa sustancial en los Países Bajos (...)”⁴³.

43. Nótese, además, que los APPRI’S utilizados en tales demandas, son aquellos suscritos en los años 90’s, basados en los primeros modelos de inversión neerlandeses y con diferencias visibles con el vigente Modelo de 2019. No es casual que en los últimos años, varios países expresaron su disconformidad con el enfoque holandés después de enfrentar una o más demandas de ISDS iniciadas bajo los tratados holandeses. Bolivia, Ecuador, India, Indonesia, Sudáfrica, Uganda y Venezuela incluso decidieron cancelar unilateralmente sus TBI’S con los Países Bajos⁴⁴.

³⁹ *Vid.* Cifra solicitada por el demandante. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/596/highbury-v-venezuela>

⁴⁰ C. OLIVET/ B. MÜLLER/L. GHIOTTO, “Impactos de las demandas de arbitraje de inversores contra Estados de América Latina y el Caribe”, Transnational Institute Amsterdam, Diciembre 2017, p.4. Disponible en: ISDS Impactos. Casos ISDS América Latina, <http://isds-americalatina.org/en-numeros/>

⁴¹ Rabobank Group, fundado hace 110 años, es un grupo financiero, que se encuentra entre las 30 más grandes instituciones financieras del mundo, cuenta con 55 000 empleados, alrededor de 10 000 000 de clientes y presencia en 40 países. *Vid.* Disponible en: <http://www.rabobank.com/en/locate-us/europe/netherlands.html>

⁴² Inspection, Valuation, Assessmant and Control, BIVAC B.V, subsidiaria de Bureau Veritas, el lider en prueba, inspección y certificación de servicios TIC; Conocophillips Hamaca B.V., Conocophillips Gulf Of Paria B.V subsidiarias de Conoco Phillips en Países Bajos, multinacional norteamericana de hidrocarburos y explotación y producción de gas y Shell Brands International, es una subsidiaria de Shell Plc multinacional anglo holandesa y una de las cuatro más grandes del sector petrolífero mundial.

⁴³ B.J. VERBEEK/R. KNOTTNERUS, “El borrador del Modelo de TBI Holandés de 2018: una evaluación crítica”, *Investment Treaty News IISD*, boletín en línea sobre derecho y políticas de inversión desde una perspectiva del desarrollo sostenible, Número 2. tomo 9. Julio 2018, p.3. Disponible en: <https://www.iisd.org/publications/newsletter/investment-treaty-news-in-volume-9-issue-2-july-2018>

⁴⁴ A.ARCURI/B.J.VERBEEK, “The New Dutch Model Investment Agreement: On the Road to Sustainability or Keeping up

44. Como se aprecia, los seis(6) APPRI's vinculados a demandas neerlandesas contra Estados latinoamericanos se caracterizan por el reconocimiento de la expropiación indirecta a través de la frase en negativo: de no tomar medidas de privación indirectamente, con apenas algunas diferencias sobre nominación al artículo o sustitución de inversores por nacionales en el TBI panameño o causa pública por interés público en el mexicano junto al tópico sobre la compensación, en la que México tiene una historia amplia en materia de expropiación. Excepto los TBI's con Argentina y Venezuela que preexistieron antes del Modelo neerlandés de 1997 y se enfocan en el efecto de las medidas, en el supuesto, que sean, equivalentes, el resto de las formulaciones se centra en la naturaleza de las medidas, al disponer que deben englobar un acto de privación en este caso indirecto. A pesar de los puntos de convergencia, todos muestran:

- a) mero reconocimiento a la expropiación indirecta sin definir los elementos que la conforman y bajo los cuales se pueda determinar su presencia. Solo alusión en unos casos a medidas de privación y otras a medidas de efecto equivalente a la expropiación.
- b) carencia de presupuestos para su configuración a modo de tipificarla.
- c) ausencia de excepción a la expropiación indirecta, por lo que las facultades regulatorias del Estado sean cual fuere no constituirán argumento para no compensar bajo acto expropiatorio.
- d) Calificación de la compensación como justa, como un distanciamiento de la Fórmula Hull, sin embargo, mantienen el contenido de pronta y efectiva de aquella. Una nota diferente con respecto a los otros cinco (5) la marca México que sustituye el vocablo compensación por indemnización, razón que no es meramente semántica, sino que tiene un significado técnico importante en tanto, se está de oficio reconociendo que la expropiación no fue legal y por ende requiere indemnizarse.

45. Los textos *ut supra* tuvieron la influencia de los Modelos TBI's neerlandeses de 1993 y 1997 como documento base del país europeo y aun cuando de los seis (6) textos que sustentan dichas demandas solo tres (3) de ellos fueron suscritos posteriormente a la entrada en vigor del Modelo neerlandés de Tratado de inversión de 1997, todos establecen similar redacción en la cláusula de expropiación y pronunciamiento sobre la indirecta, vinculados al modo en que fueron dispuestos en los mencionados Modelos, en el que no intentaron una redacción más precisa sobre el contenido de la figura sino apenas un reconocimiento de ella. En cuanto a la indemnización la mayoría abraza la Fórmula Hull desde una diversidad de construcciones. Ninguno incluyó una definición de la expropiación indirecta, presupuestos para su configuración, límites y excepción a la expropiación regulatoria como lo estableciera el más reciente Modelo neerlandés de 2019.

46. Sin embargo, tal minuciosidad del reciente Modelo no solo se debe a la decisión particular del Gobierno neerlandés de perfeccionar el documento base para la negociación de sus Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) sino al hecho de ser el Modelo que el país adoptó posterior a la política trazada por la Unión Europea (UE) a partir del 2009 sobre las inversiones, marcada por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en ese propio año. Dicho Tratado dispuso el traslado de la competencia para celebrar acuerdos internacionales en materia de inversión extranjera de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) al ente regional⁴⁵, a la vez que se trazaron las pautas sobre el contenido que debían incorporar los países miembros en los AII bajo la denominada Plataforma Mínima de la Unión Europea sobre inversiones.

47. Al mismo tiempo, después del 2012 la Comisión de la Unión Europea consideró que los principios de los TLC también debían inspirarse en una nueva política sobre inversiones de la Unión,

Appearances?", *Erasmus Law Review*, No.4, 2019, pp. 37-49. Disponible en: <https://www.erasmuslawreview.nl/tijdschrift/ELR/2019/4/ELR-D-19-00026>

⁴⁵ C.TITI, "International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements", Oxford University Press, *European Journal of International Law*, Vol. 26(3), 2015, pp.639-661. Disponible en: https://scholar.google.com/scholar_url?url=https://academic.oup.com/egil/article-pdf/26/3/639/8066366/chv040.pdf&hl=es&sa=T&oi=ucasa&cts=ufr&ei=S4zbYeeMOJiTy9YPIJ6_8A4&scisig=AAGBfm18-HpKi2IXyfGaMxvLqOMB8M3FRQ

conocida como “las mejores prácticas”(referencias sobre negociaciones de la UE en dicha materia como las Directivas para la negociación de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversiones entre la UE y EEUU⁴⁶), y que incluyeron la protección de las inversiones, el derecho a regular, el desarrollo sostenible y los derechos humanos. Adoptadas como guía las cláusulas dispuestas de forma sistemática en los Acuerdos de inversión de los Estados miembros de la Unión se convirtieron en un Modelo *de facto* del bloque regional a través del documento de la UE denominado Política europea de inversiones internacionales, que estableció estándares que los países debían incorporar en sus Acuerdos, colocándose en el de protección, el mandato de la definición de la expropiación indirecta, el balance entre el bienestar público y los intereses privados, y la adecuada compensación ante la ocurrencia de daños. Se pronunció además sobre el derecho a regular de las partes en determinadas áreas al margen de la protección, lo cual se asocia a la excepción de la expropiación indirecta regulatoria⁴⁷.

48. En consecuencia, Países Bajos incorporó las directrices recomendadas por la Unión Europea en su Modelo de APPRI de 2019 desmarcándose de los Modelos anteriores de 1997 y 2004, bajo los cuales se suscribieron los APPRI’s latinoamericanos y que en materia de expropiación indirecta no introdujeron modificaciones de uno a otro texto. En ambos, se dispuso como referencia a la figura solo que: “*Ninguna parte tomaría cualesquiera medidas de privación (...) indirectamente (...)*”⁴⁸, sin adicionar otra distinción para identificarla. De modo que, bajo la expresión de una medida de privación indirecta, se abría un abanico de actuaciones posibles del Estado en que puede privar indirectamente al inversionista, debiendo proceder en tal caso bajo determinadas condiciones: por un interés público, con un debido proceso, no ser su actuación discriminatoria y con una compensación justa considerando el valor genuino de la inversión afectada, sin demora y en moneda libremente convertible.

49. Por el contrario, el texto del 2019 hizo un viraje hacia mayores precisiones, y en el artículo 12 en un primer numeral sostuvo similar sistemática de referencia a la indirecta, como los dos (2) Modelos que le precedieron, sin embargo, incorporó el término nacionalizar, cual no encontró eco en aquellos. Por otra parte, el Modelo Neerlandés de 2019 no le bastó la mera alusión a la expropiación indirecta a través del numeral 1 del artículo citado como “*medidas de privación indirectamente*”, sino que en el numeral 3 brinda una definición sobre esta, diferenciándola de la directa, a la cual también conceptualiza en numeral 2. En relación con la indirecta dispone que: “*ocurre si una medida o una serie de medidas de una Parte Contratante tiene un efecto equivalente a la expropiación directa, en que sustancialmente se prive al inversor de los atributos fundamentales de la propiedad en su inversión, incluyendo el derecho de uso, disfrute y disposición de su inversión sin la transferencia formal del título o la toma completa*”⁴⁹.

⁴⁶ Documento No. 11103/13 del Consejo de la Unión Europea, de 9 de octubre de 2014, sobre las Directivas para la negociación de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversiones entre la UE y US, 2014, p.9. Disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/en/pdf>

⁴⁷ Resolución No. (2010/2203(INI) del Parlamento Europeo de 6 de abril de 2011, sobre el futuro de la política de inversión internacional europea, numerales 19 viñeta 3ra y 25, p.5. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2011-0141_EN.html

⁴⁸ *Vid.* Artículos 6 de los Modelos de Acuerdo de Inversión Neerlandeses de 1997 y 2004 respectivamente, ref. 10 y ref 11.

⁴⁹ Artículo 12 del Modelo de Acuerdo de Inversión Neerlandés de 2019: *1. Neither Contracting Party shall nationalize or take any other measures depriving, directly or indirectly, the investors of the other Contracting Party of their investments, unless the following conditions are complied with: a) the measure is taken in the public interest; b) the measure is taken under due process of law; c) the measure is taken in a non-discriminatory manner; and d) the measure is taken against prompt, adequate and effective compensation. (...)*

3. Indirect expropriation occurs if a measure or a series of measures of a Contracting Party has an effect equivalent to direct expropriation, in that it substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment, including the right to use, enjoy and dispose of its investment, without formal transfer of title or outright seizure.

4. The determination of whether a measure or a series of measures by a Contracting Party, in a specific factual situation, constitutes an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, amongst other factors:

a) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or a series of measures of a Contracting Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred;

b) the duration of the measure or series of measures by a Contracting Party; and

c) the character of the measure or series of measures, notably their object and context. (...)

En otras palabras, no se circunscribe la identificación de la figura a una medida de privación como en los anteriores modelos, sino que se le puede reconocer por:

- a) ser una medida o serie de medidas, con lo cual incorpora la expropiación indirecta progresiva o *creeping expropriation*;
- b) tener un efecto equivalente a la expropiación directa, lo que significa: desposesión al titular de su bien, privación y ocupación permanente del bien por el Estado bajo fundamento de utilidad pública y realizar el pago correspondiente para compensar (indemnizar en la indirecta). Solo se marca una diferencia: el traspaso del dominio sobre los bienes que en la indirecta se produce *de facto*, pues el titular posee la titularidad, pero en la práctica no la detenta porque no la puede ejercer, tal y como si hubiese sido despojado de su título.
- c) privar al inversor de modo sustancial, significativo sobre los atributos fundamentales de su propiedad;
- d) que entre los atributos fundamentales estén incluidos los derechos de uso, disfrute y disposición sobre los que se debe constatar por tanto incapacidad para que el inversor los ejercite; y
- e) que ocurra sin transferencia del título formal de propiedad o la toma completa.

50. Como se observa, el acierto de las precisiones del Modelo de 2019 en la definición de la expropiación indirecta es alto, razón por lo que junto a otras cuestiones se le considera en los actuales momentos como uno de los más avanzados mundialmente. A ello adiciona, en el numeral 4 del propio artículo 12 los presupuestos para la configuración de la expropiación indirecta después que ha sido evidenciada su presencia debido a la intromisión del Estado, y al respecto se refiere a: impacto económico, duración y carácter de la medida, destacando en el primero que no es suficiente que se constate impacto económico adverso, sino que habrá de existir una afectación sobre el valor de la inversión. En el caso del último señala que ha de considerarse el objeto y el contexto en que se adoptó la medida para incorporar al análisis particular de dicho presupuesto.

51. Por otra parte, los numerales 5 y 6 en vinculación con el inciso d) del numeral 1 se desmarca de la compensación que fue establecida en los Modelos anteriores al abrazarse en este la Fórmula Hull expresamente, lo que tiene implicaciones para los países del Sur, particularmente para los latinoamericanos como lo han demostrado las costosas cifras millonarias que han debido pagar. Tómese de referencia aquellos que han registrado la mayor cantidad de demandas contra sus Estados a nivel internacional y por invocación de expropiación indirecta como Argentina, Venezuela, México, Bolivia, Ecuador, Perú, Colombia u otros y los números lo mostrarán por sí solos⁵⁰.

52. En cuanto a la incidencia de tal posición para la indirecta, el análisis discurre por el hecho de que debiera concebirse un procedimiento peculiar para ella, considerando que más que una compensación se produce bajo sus características una indemnización. Unido a ello, que el modo de incluso tratar la fecha en que se considerara para la compensación o indemnización es diferente a aquella que se considera para la directa. En esta es habitualmente la fecha en que se hizo pública la expropiación, sin embargo, para la indirecta se reconoce como tal la fecha del comienzo de la privación de la inversión, de la interferencia del Estado o fecha en que se emite el laudo. Al mismo tiempo, el Modelo Neerlandés

8. *Except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Contracting Party that are designed and applied in good faith to protect legitimate public interests, such as the protection of public health, safety, environment or public morals, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity, do not constitute indirect expropriations(...). Vid. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download>*

⁵⁰ Montos otorgados por el Tribunal a favor del inversor: Técnicas Medioambientales TECMED S.A. vs Los Estados Unidos Mexicanos US\$ 5.50 mln; García Armas y García Gruber vs República Bolivariana de Venezuela US\$214.30 mln; Abengoa, S.A. y Cofides, S.A. vs Estados Unidos Mexicanos US\$ 40.30 mln; Copper Mesa Mining Corporation vs Ecuador el Estado ecuatoriano US\$ 19.40 mln; Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration y Production Company vs Ecuador US\$ 1.769 mln. y Quiborax S.A. and Non Metallic Minerals S.A. vs El Estado Plurinacional de Bolivia US\$ 48,60 mln. Vid .UNCTAD, “Tabla de Disputas de Inversión por países”, 2022. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/nvestment-dispute-settlement>

del 2019 en relación con los métodos de valuación de la compensación dispone los referidos al valor, valor del activo que comprende el valor fiscal declarado de la propiedad de bienes tangibles, así como el criterio de apropiada.

53. Otra cuestión fundamental incorporada al citado Modelo de 2019 con incidencia en la expropiación indirecta lo constituye el numeral 8 del artículo 12 destinado a la excepción a la expropiación indirecta y donde se destaca entre todos los textos mundialmente por las acotaciones que realiza con un margen mayor para las facultades regulatorias intrínsecas del Estado. Así pues, a las áreas habitualmente reconocidas bajo la égida de la protección a la seguridad, salud y moral y añaden otras como la protección social, al consumidor y a la diversidad cultural y su promoción. Pronunciamiento este no concebido en los anteriores Modelos.

54. Unido a las precisiones comentadas en los numerales 7 y 9, se suman la posibilidad de revisión del acto expropiatorio por autoridades del país y la extensión del análisis de expropiación para lo referente a la propiedad intelectual. Ambos también sin dudas acotaciones necesarias y novedosas, no existentes en los Modelos de 1997 y 2004 analizados.

55. Observando, las inexactitudes de los Modelos de 1997 y 2004, es posible hallar parte de las razones por las que fueron probables las demandas de inversores de Países Bajos contra América Latina, en tanto, la cláusula, le proveyó de imprecisiones a su favor y de ese modo vacíos para los Estados latinoamericanos para defenderse y contrarrestar la embestida que se desencadenaba contra ellos. No encontraron en los textos convencionales suscritos con el país europeo elementos que por ingeniería inversa les permitiesen demostrar que no se había configurado la expropiación indirecta, cual sería posible descubrir y evidenciar en APPRI's bajo la impronta del Modelo neerlandés de 2019, debido a su elaboración más acertada. A pesar de ello, bajo la mirada del Modelo Neerlandés del 2019 es nula su expresión en los APPRI's latinoamericanos y del mundo en general, pues posterior a su adopción y hasta el presente⁵¹ no se han suscrito por este país nuevos acuerdos bilaterales de inversión.

56. Con solo echar un vistazo a los seis (6) textos de los APPRI's que se invocan en las nueve (9) demandas por expropiación indirecta de inversionistas neerlandeses contra Estados latinoamericanos, se muestra que presentan sistemática similar a la que sostiene el país europeo con el resto del mundo, sin una elaboración avanzada y con disfuncionalidades marcadas para los Estados especialmente. Sin embargo, la diferencia con otras naciones radica en el modo en que estos seis (6) países reconocen la expropiación indirecta desde un pronunciamiento general en la Constitución y sus leyes de inversión extranjera y expropiación para después completarla con lo dispuesto en los APPRI's, que implica se modele un peligro potencial y permanente de los Estados latinoamericanos frente a los inversionistas neerlandeses. El marco legal de estos países en cuestión, que abordan la figura de modo más o menos preciso así como el funcionamiento interno de las diversas instancias del Estado sin coordinación, actuando en compartimentos estancos, ineficaz e incoherentemente ha sido constatado con las demandas interpuestas en América Latina bajo el sustento legal de la cláusula de expropiación de los BIT'S suscritos y en vigor con el mencionado país europeo, por lo que es visible la necesidad de la búsqueda de una precisión sobre la figura y perfeccionamiento de los textos.

57. Las demandas, son sólo una señal de una arremetida contra los países por parte de los inversionistas extranjeros que consideran factible interponer probables reclamaciones debido a la ilimitada incertidumbre en los citados APPRI's, por lo que el intento de una minuciosidad en la formulación de la expropiación indirecta sería lo más conveniente. Como expresa Fernández Masía: "(...). *Una clara mejora en la definición y redacción de los estándares de protección, eliminando ambigüedades, restringiendo las posibilidades de amplias interpretaciones, ejemplificando mediante listas de conductas, incorporando la opción de interpretaciones auténticas de los términos por las partes contratantes, son*

⁵¹ Vid. UNCTAD, "Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión Países Bajos", 2022, ref. 4

mecanismos que han de ser ponderados por parte de los negociadores de los Acuerdos para su inclusión en los textos finales de éstos con el fin de dar respuesta a la extendida idea de la existencia de un desequilibrio entre inversor y Estado. Al fin y al cabo, son los Estados los que tienen exclusivamente en sus manos decidir el contenido de la protección sustancial que debe concederse a los inversores extranjeros, de plasmar dicha protección en sus Acuerdos y en sus legislaciones internas, y han de ser ellos, por lo tanto, los que si no están conformes con el resultado, han de cambiar las reglas”⁵².

IV. Lecciones aprendidas

58. En efecto, el panorama actual se muestra sin variaciones significativas en el ámbito de las demandas Inversionista-Estado, registrándose Países Bajos hasta el 2022 como el segundo estado de origen de los inversionistas, después de los Estados Unidos, en las demandas de ISDS⁵³ a nivel global, de las que el 70% son por expropiación indirecta⁵⁴. Por otra parte, los inversionistas de la mencionada nación europea ocupan el tercer lugar como los que mayor cantidad de veces han demandado a países latinoamericanos con treinta (30) disputas en su haber, solo superados por los de EEUU con ciento uno (101) y España con cincuenta y cinco (55) en su haber⁵⁵.

59. Al mismo tiempo, más del 10% de las reclamaciones conocidas por Tratados de inversiones se le atribuyen a Países Bajos a través de sus APPRI’s⁵⁶, lo que demuestra que los textos convencionales neerlandeses al día de hoy sostienen la litigiosidad que en materia de arbitraje de inversiones muestra dicho país y que en el ámbito de las provisiones sobre expropiación indirecta en los APPRI’s latinoamericanos constituye evidencia fehaciente de ello. El comportamiento que la figura ha mostrado en estos años en las demandas contra Estados latinoamericanos así lo develan y modelan el escenario actual al respecto de América Latina que se caracteriza por:

- a) ocupar la región latinoamericana el 24% de los arbitrajes neerlandeses inversionista-Estado y dentro de ellos el 30% corresponder a demandas por expropiación indirecta.
- b) exhibir los inversionistas de Países Bajos una elevada litigiosidad, sustentada legalmente en los diecinueve (19) APPRI’s rubricados por el país europeo con países latinoamericanos;
- c) sostenerse las demandas contra la región de América Latina en APPRI’s suscritos bajo la impronta de la década de los 90 y el Modelo de Acuerdo de inversión neerlandés de 1997 particularmente, por lo que se corresponden con la primera generación de AII bilaterales y las carencias que les acompañan;
- d) circunscribirse el pronunciamiento sobre la expropiación indirecta en dichos textos convencionales a un reconocimiento escueto sin proveer una definición, presupuestos para su configuración y excepción a la expropiación indirecta;
- e) ausencia de legislaciones nacionales que complementen el tratamiento de la figura de conjunto con el ámbito convencional;
- f) no incorporación de la minuciosidad del Modelo neerlandés de acuerdo de inversión de 2019 a ningún Acuerdo de inversión vigente, sistemática que de haberse sostenido las demandas neerlandesas podrían haberse dibujado sobre una figura diferente a la expropiación indirecta;
- g) generarse las demandas en inversiones en su mayoría en los sectores energéticos, de hidrocarburos y minería y en que la contraparte neerlandesa son multinacionales con presencia importante en la región; y

⁵² E. FERNÁNDEZ MASIÁ, “Hacia la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones”, Diario La Ley, No. 8650, 2015, p. 11. Disponible en: <https://dialnet.unirioj.es/servlet/articulo?codigo=5252822>

⁵³ UNCTAD, “Tabla Disputas de Inversión Países Bajos”, 2022, ref. 27

⁵⁴ UNCTAD, “International Investment Agreements Reform Accelerator”, 2020, pp.1-32. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1236/international-investment-agreements-reform-accelerator>

⁵⁵ Vid. UNCTAD, “Tabla de Disputas de Inversión por Países”, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

⁵⁶ R. VAN OS, “Dutch Investment Treaties: Socialising Losses, Privatising Gains”, ref. 25.

- h) concentración de sus demandas por expropiación indirecta en seis (6) países y sus APPRI's, a saber: México, Panamá, Nicaragua, Argentina, Paraguay y Venezuela, siendo esta última la nación más demandada.

60. Sin embargo, tal situación no pareciera ser exclusiva de la Region latinoamericana cuando Roos van Os expresase que: “(...)La creciente controversia alrededor de los APPRI's y en particular, la montaña de críticas a los APPRI's holandeses con su excesiva posición amistosa hacia los inversores en detrimento del espacio de los poderes de policía de los países subdesarrollados ha llevado a las autoridades holandesas a anunciar una revisión de los APPRI's holandeses con los países subdesarrollados(.)”⁵⁷. Si bien, aun la realidad descrita no ha variado, el hecho que se constate la posibilidad de análisis sobre el asunto es una buena señal. De todos modos, para América Latina y sus inversiones con Países Bajos si constituye prioridad por el embate que ha recibido por demandas bajo los APPRI's en materia de expropiación indirecta, por lo que a futuro deberán considerar:

- a) iniciar renegociación de los pronunciamientos de expropiación indirecta en sus APPRI's, teniendo como referentes las sugerencias de reformas de la UNCTAD a los AII, los Modelos más avanzados mundialmente, entre los que se incluye el neerlandés de 2019 así como incorporando las cuestiones que considere la región como necesarias en dicho tópico a partir de las experiencias que posee, extraídas de sus demandas por invocación de la figura, en tanto, no se puede soslayar que constituye el área geográfica más demandada mundialmente en arbitrajes Inversionista-Estado;
- b) incorporar en los APPRI's la excepción a la expropiación indirecta y reforzar las facultades regulatorias del estado en relación con los ámbitos económico y financiero, de impacto alto para los países del Sur y especialmente para América Latina. No obviar además el amplio diapazón de áreas a introducirse bajo la égida de dichas facultades como lo exhibe el Modelo neerlandés de 2019;
- c) introducir un tratamiento particular para la expropiación indirecta en cuanto a la compensación, circunscribiéndolo más a indemnización, y que difiera del concebido para la directa fundamentado en las diferencias que sostienen, incluyendo en tópico tan controversial como el de la compensación, pero sobre el que América exhibe experiencia suficiente como en el caso de México y el manejo que realizó durante las nacionalizaciones de los años 30 del pasado siglo; y
- d) delimitar el alcance de la inversión desde sus diversas aristas.
- e) Analizar posibilidades de conceptualizar la expropiación indirecta en las legislaciones nacionales de los países latinoamericanos o de excluirla expresamente como opera Brazil desde sus Acuerdos de Cooperación y facilitación de las inversiones (ACFI);

61. Como se aprecia, el escenario es desafiante por la diversidad de cuestiones a examinar y dar soluciones, pero a la vez reconfortante por lo mucho que permite de búsqueda, aprendizaje y aplicación certera de experiencias regionales y a nivel global que coadyuven a un Derecho de Inversiones. Un traje a la medida latinoamericana, auténtico y bajo las complejidades y realidades de la geografía, puede intentar que el saldo para América Latina de la implementación de los APPRI's y los pronunciamientos sobre la expropiación indirecta no constituya asunto de elevada negatividad como lo es en la actualidad.

V. Alea iacta est

62. Los Países Bajos, considerado como el país que provee el estándar dorado para la protección de la inversión extranjera desde la perspectiva de los inversores, muestra en su elevado número de demandas interpuestas contra los países, los argumentos de los contenidos que defiende en su texto, al

⁵⁷ IBIDEM, p. 171,

posicionarse como el segundo país que más reclamaciones Inversionista-Estado interpone después de Estados Unidos. Si bien los Modelos neerlandeses antes de 2019 mantuvieron un pronunciamiento general sobre la expropiación indirecta bajo el enfoque tradicional, el Modelo de 2019 hace un viraje y se ubica entre los más avanzados mundialmente y ofrece unido a unos pocos países una moderna definición de expropiación indirecta a la vez que impone límites para su invocación, a través de la excepción a esta, disposición amplia que introduce elementos tomados del CETA en una búsqueda por reforzar el espacio regulatorio. No es casual que como Estado demandado apenas exhiba dos (2) demandas en 2021⁵⁸ en contraposición al número que invocan sus inversionistas contra otros Estados, no obstante, todas estas demandas se amparan en los Acuerdos de Inversión bajo anteriores Modelos, pues desde la adopción del último no se ha suscrito AII alguno.

63. Ejemplo de los textos convencionales bajo las formulaciones anteriores lo constituyen los APPRI's latinoamericanos rubricados con Países Bajos, los que han proporcionado herramientas a los inversionistas neerlandeses para demandar a los países bajo las imprecisiones que las disposiciones sobre expropiación indirecta exhiben. Las controversias neerlandesas bajo la invocación de la figura, han constituido la caja de pandora de sus demandas Inversionista-Estado contra América Latina. Pronunciamiento ambiguo y escueto desde el ámbito convencional y sin soporte en la legislación nacional de los países viabiliza la interposición de las reclamaciones de los inversionistas neerlandeses contra los Estados latinoamericanos, en tanto, solo deberán demostrar que determinadas medidas estatales indirectamente atentaron contra su inversión y por ende contra el estándar dorado construido para ellos por Países Bajos e invocar la expropiación indirecta. Iniciará entonces una fase extensa y compleja para demostrar los hechos, a la vez, que las inversiones y los Estados sufrirán los embates económicos de las tensiones en las relaciones entre los inversionistas y el Estado anfitrión, en la mayoría de las ocasiones sin saldo positivo que aludir y al margen de los gastos financieros propios del arbitraje.

64. No es casual que varios países latinoamericanos hayan terminado sus APPRI's con Países Bajos como Bolivia (2007), Venezuela (2012), a modo de mitigar este tipo de demandas sustentadas primordialmente en este tipo de Acuerdos y figura, que exponen marcadamente las diferencias entre Norte y Sur y el modo de comportamiento de sus relaciones en el ámbito económico y en detrimento de estos últimos.

65. En síntesis, el Derecho Internacional de Inversiones coloca en la actualidad a la expropiación indirecta en la mira de su análisis debido a su frecuente invocación por inversores, y la necesidad de los Estados de protegerse, lo que advierte la relevancia y necesidad de tratarla desde las dimensiones teórica y práctica, en la búsqueda de un equilibrio en su abordaje a modo de salvaguardar los intereses de inversionistas y Estados y el caso de los APPRI's latinoamericanos con Países Bajos no son la excepción. Asumir con intencionalidad una estrategia para lograrlo será el mejor resultado para las inversiones del país europeo en América Latina en el presente y el futuro.

⁵⁸ UNCTAD, "Tabla Disputas de Inversión Países Bajos", 2022, ref. 27

Las expectativas del consumidor en los criterios de conformidad del TRLGDCU y CCCAT

The expectations of the consumer in the conformity criteria of the TRLGDCU and CCCAT

ESTHER TORRELLES TORREA

Profesora Titular Derecho civil - Universidad de Salamanca

ORCID ID: 0000-0001-9239-5326

Recibido:15.12.2022 / Aceptado:27.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7566

Resumen: Los criterios objetivos de conformidad están basados en las características y fines que presentan normalmente los bienes y los contenidos y servicios digitales del mismo tipo y en las expectativas razonables del consumidor. En el presente trabajo estudiamos, por una parte, los criterios objetivos de conformidad en el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios y en el Código civil de Cataluña, y, por otra parte, las expectativas del consumidor, en concreto desde el prisma del estándar de la razonabilidad y los elementos de evaluación que permiten su delimitación.

Palabras clave: Expectativas del consumidor, razonabilidad, criterios objetivos, muestra, modelo, versión de prueba o vista previa, accesorios, instrucciones, declaración pública.

Abstract: The objective requirements for conformity are based on the characteristics and purposes that goods and digital content and services of the same type normally have and on the reasonable expectations of the consumer. The objective of this work is to study, on the one hand, the objective criteria of conformity in the TRLGDCU and in the Civil Code of Catalonia, and on the other hand, the consumer expectations, specifically in the light of the standard of reasonableness and the assessment elements that grant its delimitation.

Keywords: Consumer expectations, reasonableness, the objective requirements for conformity, sample, model, trial version or preview, accessories, instructions, public statement.

Sumario: I. Contextualización de la materia. II. Los criterios de conformidad. 1. Criterios subjetivos, 2. Criterios objetivos, A) Criterios objetivos absolutos. a) Fines ordinarios. b) Cantidad, calidad y otras características de los bienes y contenidos y servicios digitales. B) Criterios absolutos relativos. a) Muestra, modelo, versión de prueba o vista previa. b) Accesorios, instrucciones o documentos de instalación. C) Supuestos especiales. a) Las actualizaciones en contratos de compraventa de bienes con elementos digitales o de suministro de contenidos o servicios digitales. b) La incorrecta instalación del bien como un caso de falta de conformidad. D) La exclusión de criterios objetivos. III. Las expectativas razonables del consumidor. 1. Las expectativas del consumidor perfiladas por el estándar de la razonabilidad. 2. El estándar de la razonabilidad en el Derecho uniforme europeo. 3. Los elementos de evaluación de las expectativas del consumidor. A) Primer supuesto. a) Las expectativas razonables del consumidor y usuario que derivan de la naturaleza del bien y del contenido o servicio digital, b) Las expectativas razonables del consumidor que derivan de las declaraciones públicas. B) Segundo supuesto. C) Tercer supuesto IV. Reflexión final

* El presente Trabajo se enmarca en el Proyecto Cumplimiento de los contratos y realidad digital: la adaptación del derecho contractual para la prevención de conflictos transfronterizos (PID2019-107195RB-I00/AEI/10.13039/501100011033 financiado por MCIN), IP M. GRAMUNT Y G. RUBIO.

I. Contextualización de la materia

1. Uno de los deseos de todo consumidor es ver satisfechas sus “legítimas expectativas” cuando adquiere un producto o servicio¹. No es una expresión que se use en el Texto refundido de la Ley general de Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU), pero sí observamos expresiones similares como lo que el consumidor y usuario “puede razonablemente esperar”. Es en esta expectativa en lo que pretendemos detenernos en este trabajo y para ello pondremos el foco de atención en los criterios de conformidad regulados en el régimen de garantías, pues es donde más se usa dicha expresión. Analizaremos, en primer lugar, dichos criterios, especialmente los objetivos, y, en segundo lugar, las expectativas del consumidor en ellos mencionadas.

2. Los criterios de conformidad, aunque hace tiempo que forman parte de nuestro ordenamiento, han sido reformados recientemente a través de dos directivas comunitarias. La Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019, *relativa a determinados aspectos de los contratos de suministros de contenidos y servicios digitales* (en adelante Dir. 770) y la Directiva (UE) 2019/771 de 20 de mayo de 2019, *relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes por la que se modifican el Reglamento (CE) número 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE* (en adelante Dir. 771). Estas normas establecen qué es lo que el consumidor tiene derecho a esperar que se le entregue cuando adquiere un bien y qué es lo que el vendedor debe entregarle a cambio de un precio o de datos. La Dir. 771 se aplica a la compraventa de bienes muebles tangibles mientras que la Dir. 770 se ocupa de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales².

Estas Directivas revisan y derogan la Directiva 1999/44/CE (inspirada en la Convención de Viena -en adelante CISG³- y cargada de poder iusprivatista) que ya fue en su momento una maniobra muy ambiciosa del legislador europeo para incidir en un ámbito esencial del Derecho privado como es el contrato de compraventa⁴. Sin embargo, la Directiva de 1999, tras veinte años en vigor, había quedado obsoleta, especialmente por el desarrollo digital. Con las Directivas de 2019 se da el salto al Mercado Único Digital, otro de los grandes retos de la UE.

3. La transposición de las directivas de 2019 se ha realizado a nivel estatal en el TRLGDCU y, a nivel autonómico, Catalunya lo ha hecho en su Código civil (en adelante CCCat).

— En el TRLGDCU de 2007 se han incorporado las Dir. 770 y 771 a través del Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, *de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores*⁵. La transposición ha supuesto la modificación de los art. 114 ss. sobre las

¹ N. COLLADO-RODRÍGUEZ, y F. PEÑA LÓPEZ, “La protección del consumidor frente a la adquisición de bienes defectuosos o que no satisfagan sus legítimas expectativas económicas”, en J.M. BUSTOS LAGO (coord.), *Reclamaciones de consumo. Materiales para la construcción de un Tratado de Derecho de consumo*, Cizur Menor, Thomson-Reuter Aranzadi, 2020 (4ª ed), p. 852.

² Como advierte J. MORAIS CARVALHO, “Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770)-Ámbito de aplicación y grado de armonización”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2020), vol. 12, n. 1, p. 931, la Dir. 771 complementa la Dir. 2011/83/UE en lo que se refiere a las normas que rigen los contratos celebrados con los consumidores en general, dando así un paso más hacia un derecho armonizado de compraventa a nivel europeo.

³ Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías, celebrada en Viena en 1980.

⁴ F. GÓMEZ POMAR, “El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44”, *Indret* (Editorial), 4, 2019.

⁵ El artículo decimosexto del Título VIII del Real Decreto-Ley 7/2021 realiza diferentes cambios en el TRLGDCU. Las directivas de 2019 se transponen en la parte general de los contratos con consumidores (Libro II, Título I, Capítulo I) y en sede de garantías y servicios postventa (Libro II, Título IV, Capítulos I a V). E. ARROYO AMAYUELAS, “Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n. 41 (enero-marzo), 2022, pp. 2 y 4, crítica con la técnica utilizada, señala que recurrir al Real

garantías de los bienes de consumo y una incidencia mayor en el principio de transparencia. La nueva regulación entró en vigor el 1 de enero de 2022 (con matices previstos en la norma). El legislador español se ha decantado por una regulación sistemática, integradora de ambas modalidades⁶.

- En Cataluña se han transpuesto las Dir. 770 y 771 en el Libro sexto del Código civil de Cataluña, a través del Decreto Ley 27/2021, de 14 de diciembre, *de incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771, relativas a los contratos de suministro de contenidos digitales y servicios digitales y a los contratos de compraventa de bienes, en el libro sexto del Código civil de Catalunya*. Se regula de forma separada el contenido de ambas directivas. La Dir. 771 ha exigido reformar los preceptos de la sección primera del capítulo I, relativo a la compraventa y la Dir. 770 se ha transpuesto creando una nueva sección cuarta dentro del capítulo I en el que se regula el suministro de contenidos y servicios digitales⁷.

II. Los criterios de conformidad

4. Las nuevas directivas de 2019 prestan especial atención a los criterios de conformidad frente a la derogada directiva de 1999 que solo contemplaba cuatro criterios en un único precepto y sin distinciones. Ahora se regulan cuatro criterios subjetivos de conformidad (art. 6 Dir. 771 y art. 7 Dir. 770) y cuatro objetivos (art. 7 Dir. 771 y art. 8 Dir. 770), además del criterio específico de falta de conformidad por incorrecta instalación o integración (art. 8 Dir. 771 y art. 9 Dir. 770)⁸.

5. En concordancia con el art. 115 TRLGDCU, se regulan tres preceptos más dedicados al principio de conformidad: art. 115 bis (criterios subjetivos), art. 115 ter (criterios objetivo), y art. 115 quater (instalación incorrecta de los bienes e integración incorrecta de los contenidos y servicios digitales). El CCCat regula el tema en los arts. 621-20 (criterios para determinar la conformidad), 621-21 (conformidad en la instalación), 621-25 y 621-71 (criterios para determinar la conformidad) y 621-72 (integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales)⁹.

6. En ninguno de los dos ordenamientos se define legalmente qué es la conformidad, pero sí queda patente en todos los preceptos mencionados que existe una clara obligación de conformidad (“deberán cumplir”, se señala en el TRLGDCU o “el bien es conforme al contrato si cumple los siguientes requisitos” según el CCCat). La conformidad con el contrato sirve principalmente como instrumento conceptual y práctico para canalizar, en relación a las compraventas de consumo, todo el campo de la infracción

Decreto Ley, es habitual en el gobierno para evitar retrasos en la transposición de las Directivas e impedir los procedimientos de infracción. También se muestra crítico R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “A golpe de Decreto Ley”, *Cuadernos de Derecho Privado*, n. 1, 2022, p. 1 ss.

⁶ Entre otros, L. ARNAU RAVENTÓS, “Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?”, *Revista de Educación y Derecho*, 24, 14 septiembre 2021, p. 3.

⁷ Recomendable L. ARNAU RAVENTÓS, Y M. GRAMUNT FOMBUENA, “Cap a un Dret català conforme a les Directives (UE) 2019/770 i 2019/771”, en *Indret*, 1, 2022.

⁸ La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales de 9 diciembre de 2015, COM(2015) 634 final, daba preeminencia absoluta a la hora de evaluar las faltas de conformidad a lo estipulado en el contrato; es decir, establecía únicamente parámetros subjetivos de conformidad, sin preservar las legítimas expectativas de los usuarios por vía de requisitos objetivos de conformidad. Tras diversas críticas y cambios en la tramitación legislativa, tanto la Dir. 770 como la Dir. 771 acogen una lista de criterios subjetivos y objetivos de conformidad.

⁹ La inspiración de esta regulación se encuentra en el art. 35 CISG, que a su vez influyó en la Directiva 1999. Estos dos textos se tuvieron presentes en los arts. IV.A.-2:301 DCFR (conformidad con el contrato) y IV.A.-2:302 DCFR (adecuación a su uso, calidad y embalaje), y en los arts. 99 CESL (conformidad con el contrato) y 100 CESL (criterios de conformidad de los bienes y contenidos digitales). De aquí pasó a las Directivas de 2019 y sus previas propuestas de 2015, con matices durante todo el itinerario.

contractual del vendedor, calificable como cumplimiento defectuoso o irregular por razón del objeto¹⁰. Es la correspondencia entre lo debido y lo que se entrega¹¹.

7. Para que un bien sea conforme no se exige que cumpla todos los criterios objetivos y subjetivos, sino que el bien debe reunir cada criterio “*cuando sea de aplicación*”. Y entre los que resulten de aplicación, se deduce un criterio cumulativo, es decir, que cabe la aplicación simultánea de varios de estos criterios¹².

Aunque pueda parecer que no existe una aplicación priorizada de los criterios de conformidad¹³, la doctrina alemana considera que se establece una cierta prioridad de los requisitos de conformidad objetivos sobre los subjetivos. Además, dentro de los criterios objetivos, también establecen una prioridad a favor de los criterios más específicos¹⁴.

¹⁰ F. GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, en *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, J. EGEA I FERNÁNDEZ I J. FERRER RIBA, (dirs), Barcelona, Atelier, 2021, p. 226. M. CASTILLA BAREA, “¿Estamos ante un nuevo paradigma de la conformidad de bienes muebles, contenidos y servicios digitales? Reflexiones sobre el rol asignado a los requisitos objetivos tras la adaptación del TR-LGDCU a las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771”, en L. ARNAU RAVENTÓS (dir.) *La digitalización del Derecho de contratos en Europa*, Barcelona, Atelier, 2022, p. 101, define la conformidad como “la plena adecuación a todo cuanto el consumidor y usuario puede razonablemente esperar, teniendo en cuenta lo pactado en el contrato celebrado y, en su caso, las características materiales, digitales y jurídicas habituales en el mercado para este tipo de bienes o servicios”.

J.A. FERRER GUARDIOLA, “Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771”, *RDC*, VIII-4, 2021, p. 188, considera que Las Directivas de 2019 suponen una quiebra del anterior principio de conformidad con el contrato. Para un estudio de la conformidad, A. VAQUER ALOY, “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?”, *ADC*, 2011, tomo LXIV, fascículo 1; o “La conformidad de la prestación en la nueva regulación de la compraventa en Cataluña”, en *Estudios sobre el Libro sexto del Código civil de Cataluña*, A. SERRANO DE NICOLÁS (coord.), Madrid, Barcelona, Marcial Pons y Col·legi de Notaris de Catalunya, pp. 215 ss; o R. SHULZE R. SHULZE, “Nuevos retos para el Derecho de contratos europeo y cuestiones específicas acerca de la regulación del suministro de contenidos digitales”, en *La Europeización del Derecho Privado: Cuestiones actuales*, E. ARROYO AMAYUELAS Y A. SERRANO NICOLÁS (dirs), Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 22 ss.

¹¹ Para un estudio del cambio de criterio clásico de la cuestión, A. M. MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Madrid, Civitas, 2006, p. 102.

¹² Entre otros, E. ARROYO AMAYUELAS, “La propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia”, *InDret*, 3-2016, p.8; J.M. MARÍN LÓPEZ, “La Directiva 2019/771/UE, de 20 de mayo, sobre contratos de compraventa de bienes de consumidores”, en *Publicaciones jurídicas CESCO*, 19 junio 2019, p. 7; J.M. MARÍN LÓPEZ, “La responsabilidad del vendedor de bienes de segunda mano por falta de conformidad”, *Responsabilidad civil, seguro y tráfico*, n. 70, 2020, p 18; J. AVILÉS GARCÍA, “La nueva conformidad contractual de los bienes con elementos digitales en las compraventas de consumo (hacia un mercado único digital europeo)”, en L. A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Cizur Menor, Thomson-Reuters-Civitas, 2020, p. 538; S. MARTÍNEZ GÓMEZ, “Novedades (en vigor a partir del 01.01.2022) en el régimen de la compraventa de bienes al consumo tras la transposición de la Directiva (UE) 2019/771 mediante el RD-Ley 7/2021 de 27 de abril”, en *Publicaciones jurídicas CESCO*, 20 mayo 2021, p. 7; F.M. CORVO LÓPEZ, “Estudio de Derecho comparado sobre las garantías en la venta de bienes de consumo en España y Portugal a la luz de la Directiva (UE) 2019/771”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, marzo 2020, vol. 12, nº 1, p. 131, nota marginal 26.

¹³ El tema no es pacífico. Entre nuestra doctrina, CASTILLA BAREA, *La nueva regulación europea de la venta de los bienes 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, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 109 o 141 defiende que en sentido estricto no hay una jerarquía normativa, si bien el programa obligacional debe ser el primer criterio rector: primero deben concurrir los requisitos subjetivos y si el bien aún presenta anomalías habrá que integrar el contenido contractual con los requisitos objetivos. También sigue este criterio en “Estamos ante un nuevo paradigma...”, *loc cit.*, pp. 104 y 105, 109. En sentido similar MARÍN LÓPEZ, “La responsabilidad del vendedor...”, *loc cit.*, p 18.

En cambio, apuestan por una configuración omnipresente de los criterio objetivos en el sentido que deben cumplirse en todo contrato independientemente de lo exigido por el mismo: R. SÁNCHEZ LERIA, “Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición la ordenamiento jurídico español”, *InDret*, 4-2021, p. 53; G. MUÑOZ RODRIGO, “Algunas cuestiones sobre la transposición de la Directiva 771/2019, 20 mayo 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 16, febrero 2022, p. 1291.

¹⁴ D. STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 de la Directiva 770/2019, en R. SCHULZE Y D. STAUDENMAYER (ed.), *EU Digital Law Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden; Nomos, 2020, p. 135 (número marginal 15), aunque se refiere a los criterios objetivos de la Dir, 770 puede extrapolarse a los criterios establecidos en nuestros ordenamientos. En este sentido, el autor considera que en caso de que los distintos criterios objetivos alcanzaran resultados diferentes, habría que dar prioridad a los criterios más específicos, Así, el art. 8.1.d), es prioritario sobre el 8.1.a) y b) y el art. 8.1.b) tiene prioridad sobre el 8.1.a), mientras que el 8.1.c) se aplicaría junto con otros criterios. Haciendo una equivalencia de esta reflexión con el TRLGDCU supondría dar prioridad al art. 115.ter.1.b) sobre el art. 115.ter.1.a) y d), y el art. 115.ter.1.d) tiene prioridad sobre el art. 115.ter.1.a), mientras

Se afirma que, dado que los criterios objetivos deben cumplirse con independencia de las estipulaciones contractuales, estos son más relevantes que los subjetivos. Además, esta prioridad se demuestra por el hecho de que un acuerdo contractual sobre una desviación de los criterios objetivos, debe cumplir, como se verá más adelante, unos requisitos formales bastante estrictos (art. 115 ter.5 TRLGDCU y 621-20.4 CCCat).

Esta primacía ha sido criticada por restringir la libertad contractual y por el temor a que con ello se dificulte el acceso al mercado de nuevos productos. Sin embargo, se alega a favor de la primacía de los criterios objetivos, que estos deben entenderse como un régimen de información y en el fondo un régimen de transparencia¹⁵. La finalidad de esta prioridad es evitar perjudicar al consumidor a través de cláusulas contractuales desventajosas para él¹⁶.

1. Criterios subjetivos

8. No entraremos con detalle en estos criterios puesto que en ninguno se hace alusión a las expectativas del consumidor (art. 115 bis TRLGDCU y 621-20 CCCat). En ellos, lo decisivo es el programa obligacional contenido en el contrato y si el bien o contenido y servicio digital no presenta algunas de las características, cualidades o prestaciones pactadas, o no se entregan los accesorios y las instrucciones, a pesar de haberse pactado, habrá falta de conformidad¹⁷. Ahora bien, los requisitos subjetivos de conformidad no siempre se extraen de los términos expresos del contrato, pues, a veces, es preciso recurrir al contenido obligacional implícito que se extrae de la publicidad, información, descripciones precontractuales, etc¹⁸.

9. Cabe señalar que un pacto entre las partes es poco habitual en las ventas de bienes de consumo (aunque no ausentes), pues suelen producirse en masa y con prestaciones similares en todos ellos. Sin embargo, ante bienes que tienen que producirse o fabricarse (admitidos en el art. 114 TRLGDCU o 621-3 CCCat), pueden tener mayor cabida estos criterios subjetivos.

que el art. 115.ter.c) se aplicaría junto con otros criterios. En el CCCat implicaría dar prioridad al art. 621-20.2.c), sobre los apartados a) y b), y el art. 621-20.2 b) tiene prioridad sobre el apartado a), mientras que el apartado d) se aplicaría junto con otros criterios. Esta prioridad también se defiende por I. SCHWENZER, en SCHLECHTRIEM Y SCHWENZER (eds), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, OUP, 2016, comentario al art. 35 CISG, número marginal 13, en una situación similar al comentar el art. 35.2 CISG.

¹⁵ B. GSELL, "Conformidad y expectativas razonables de los consumidores", Working Paper Jean Monnet Chair, Universitat de Barcelona, 2/2022, p. 4. Considera que no es sorprendente el hecho de que tanto en los criterios subjetivos como objetivos se haga referencia a un mismo criterio (por ejemplo, tener la calidad debida), "porque, muy a menudo, las partes no prevén todos los extremos y, en consecuencia, no queda más remedio que recurrir a la expectativa general en el contrato correspondiente o a los estándares similares objetivizados, que permiten completar el acuerdo".

En una línea similar D. STAUDENMAYER, "The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy", *European Review of Private Law (ERPL)*, 2020.2, p. 236, considera que ambas directivas siguen un criterio conservador afirmando que "have to respect mainly objective conformity criteria". Las directivas de 2019 siguen el criterio de la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia de 9 de diciembre 2015, COM (2015) 635 final), respetando, eso sí, los criterios subjetivos incluidos en el contrato. Esta Propuesta de directiva se distanció del enfoque de la Directiva de 1999, la cual adoptaba un criterio subjetivo (art. 2.1 Directiva 1999) y del enfoque, en el mismo sentido, del art. 6 de la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales de 9 de diciembre 2015, COM(2015) 634 final). Sin embargo, al igual que la Propuesta de directiva de 2015 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, ahora las directivas de 2019 siguen el enfoque de los arts. 99-101 CESL, exigiendo el respeto de criterios objetivos.

¹⁶ A. METZGER, "Verträge über digitale Inhalte und Digitale Dienstleistungen; Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?", *Juristenzeitung (JZ)*, 2019, p. 581 y B. ZÖCHLING-JUD ÖCHLING-JUD, "Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel", *Gemeinschaftsprivatrecht (GPR)*, 2019, p. 120. Entre nosotros en sentido similar, E. ARROYO AMAYUELAS, "La transformación digital de los contratos de consumo en España", en prensa, p. 12 gentilmente prestado por la autora.

¹⁷ MARIN LÓPEZ, "La Directiva 2019/771/UE...", *loc cit.*, págs. 7 y 8.

¹⁸ CASTILLA BAREA, "¿Estamos ante un nuevo paradigma...", *loc cit.*, pp. 102-103.

10. Se ha criticado la formulación extensa de los criterios subjetivos, y consideramos apropiado defender la reducción de los mismos a una declaración general según la cual los bienes son conformes cuando responden al programa prestacional establecido por el vendedor y consumidor en el contrato suscrito entre ambos¹⁹.

2. Criterios objetivos

11. Los criterios de conformidad objetivos siguen lo establecido en la Propuesta de Reglamento de compraventa europeo (en adelante CESL²⁰) y la directiva de 1999, aunque se adaptan a los contenidos y servicios digitales. Se trata de criterios establecidos por la ley, por lo que deben cumplirse para no defraudar las expectativas razonables de los consumidores²¹. Integran el contrato, no contra la voluntad de los contratantes, pero sí al margen de dicha voluntad (ex art. 1258 i.f, Cc)²².

Como señala ARROYO AMAYUELAS, su finalidad "no es poner de relieve que determinados elementos no necesitan ser acordados (aunque desde luego, puede ser así y, entonces, tendrían carácter supletorio), sino más bien enfatizar que en este tipo de contratación estandarizada el contrato no puede quedar exclusivamente en manos del empresario o vendedor, que es lo que ocurriría si los criterios objetivos solo encontraran aplicación cuando nada se hubiera previsto en el contrato"²³.

12. Sin embargo, como se verá, es posible apartarse de alguno de estos criterios objetivos, si en el momento de la celebración del contrato, el consumidor y usuario ha sido informado específicamente de que una determinada característica de los bienes o de los contenidos y servicios digitales se aparta de los criterios objetivos de conformidad y el consumidor acepta expresamente y de forma separada este extremo (art. 115.ter.5 y 621-20.4 CCCat).

13. El art. 115 ter TRLGDCU regula cuatro criterios de conformidad objetiva. Los criterios con más repercusión práctica son el a) y d)²⁴. En Catalunya se regulan en el art. 621-20 CCCat y en el art. 621-71 CCCat con remisión al anterior, pero el primer precepto agrupa los criterios subjetivos y objetivos sin separarlos (se distinguen, pero no de manera expresa).

¹⁹ CASTILLA BAREA, *La nueva regulación...*, *op cit.*, p. 103.

²⁰ Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a un derecho común europeo de compraventa (Bruselas, 11 octubre 2011, COM (2011), 635 final).

²¹ CÁMARA LAPUENTE, "Una prospectiva...", *loc cit.*, p. 37. Según ARROYO AMAYUELAS, "La transformación digital..." *loc cit.*, p. 11, los criterios objetivos "son los previstos legalmente y que se adecúan a las expectativas legítimas del consumidor, de acuerdo con las características y el fin para el que se utilizarían normalmente bienes o contenidos digitales del mismo tipo (...), independientemente de que además aquél los requiera para un uso específico que el vendedor haya aceptado".

²² A. JUÁREZ TORREJÓN, "Garantías en la venta de bienes de consumo y Servicio postventa", en N. MATO PACÍN y M.J. SANTOS MORÓN (Coords), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*, Madrid, Tecnos, 2022, p. 115.

²³ ARROYO AMAYUELAS, "La transformación digital..." *loc cit.*, p. 12

²⁴ El art. 115 ter TRLGDCU introduce un nuevo requisito objetivo, el relativo a la entrega del bien junto con los accesorios, en particular el embalaje, y las instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir. El resto de criterios ya se contemplaban en las letras a), b) y c) del antiguo art. 116.1 TRLGDCU, aunque se introducen matices importantes. En el art. 115 ter se distinguen los requisitos objetivos para todos los bienes y los contenidos o servicios digitales que el empresario entregue o suministre al consumidor o usuario, y otros requisitos que únicamente se exigen en contratos de compraventa de bienes de elementos digitales o de suministro de contenidos o servicios digitales y sus actualizaciones.

Coincidimos con ARROYO AMAYUELAS, "Entra en vigor...", *loc. cit.*, p. 14, cuando señala que "el resultado de la transposición ha dado lugar a artículos muy largos, difíciles de manejar, que en diferentes párrafos reiteran reglas idénticas o muy parecidas". Con la antigua regulación del TRLGDCU advierte lo mismo A. CARRASCO PEREA, *Derecho de contratos*, 3ª ed, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2021, p. 980, nota marginal 18/38) cuando señala que el modo en que está redactado el antiguo art. 116 TRLGDCU (similar al actual 115 ter) y la propia directiva "no puede ser más lamentable". Creo que el lenguaje es poco jurídico; últimamente se está generando una literatura de consumo espesa y compleja. Como señala C. TWIGG-FLESNER, "Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services", en *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, E. ARROYO AMAYUELAS y S. CÁMARA LAPUENTE, (dirs), Madrid, Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, 2020, p. 78, los consumidores podrían haber esperado razonablemente una mejor calidad de dichas directivas.

Los criterios objetivos están fundamentados en dos pilares. Por una parte, se centran en las características y fines que presentan normalmente los bienes y los contenidos y servicios digitales *del mismo tipo*, es decir en lo que es habitual por lo que respecta a bienes de cierto tipo (lo que obliga a hacer un ejercicio de comparación); y por otra parte, en lo que “el consumidor pueda razonablemente esperar” (es decir, las expectativas razonables de normalidad del consumidor)²⁵. Sin olvidar el suministro de accesorios, instrucciones o actualizaciones.

Podemos clasificar los criterios objetivos de la siguiente manera:

- Criterios objetivos absolutos: en principio se dan en todo tipo de bienes o servicios y contenidos digitales.
- Criterios objetivos relativos: se dan en determinados casos.
- Supuestos especiales: las actualizaciones y la incorrecta instalación.

A) Criterios objetivos absolutos

14. Se trata de requisitos que deben tener todos los bienes y servicios o contenidos digitales para considerarse conformes:

a) Fines ordinarios

15. Está regulado en el art. 115ter.1.a) TRLGDCU y en el art. 621-20.2.a) CCCat. Encontramos su origen en el art. 35.2.a) CISG, se recogió también en el art. IV.A-2:302(b) y en el art. 100.1.b) CESL. La regla es similar a la que establecía el art. 2.2.c) Dir. 1999, pero se ha sustituido “usos” por “fines”²⁶.

16. Existe conformidad cuando los bienes y contenidos o servicios digitales tengan la suficiente aptitud para realizar la función común en atención a su naturaleza y a lo que el tráfico asigna habitualmente a los objetos del mismo tipo²⁷. No se refiere a fines ocasionales o excepcionales²⁸.

17. Al referirse a “los fines a los que *normalmente* se destinen bienes o contenidos o servicios digitales *del mismo tipo*”, se intenta buscar un enfoque estandarizado y objetivo, teniendo en cuenta, que en el caso de contenidos y servicios digitales estamos ante productos aún muy nuevos para poder comparar. Lo que es *normal* se determina objetivamente y depende de los usos y prácticas del consumidor medio. Si compro un CD para escuchar a mi cantante favorito, mi propósito como consumidora es escuchar dicha música y el uso normal no incluye editar una canción de dicho cantante realizando modificaciones en la misma.

²⁵ S. CÁMARA LAPUENTE, “Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)”, *Diario La Ley*, nº 9881, 29 de junio 2021, p. 37. En sentido similar GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit*, p. 255.

²⁶ CASTILLA BAREA, *La nueva regulación...*, *op cit.*, p. 117 considera que se podía haber unificado este criterio con el del art. 115 ter.1.d) TRLGDCU. Y CARRASCO PEREA, *Derecho de contratos*, *op cit*, p. 981, nota 116, aunque refiriéndose al antiguo art. 116 TRLGDCU, afirma que los supuestos b) y d) del antiguo art. 116 TRLGDCU producen posiblemente una redundancia y no propiamente una acumulación.

²⁷ A.M. MORALES MORENO., Comentario al art. 1484 Cc, en *Comentarios del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 956. Como señala CARRASCO PEREA, *Derecho de contratos*, *op. cit.*, p. 983, nota marginal 18/42, “en mercados estandarizados se trata del criterio predominante, pues no requiere un contacto previo ni una negociación anterior entre las partes sobre el nivel de calidad y funcionalidad del producto”.

²⁸ A. CARRASCO PEREA, *Derecho de contratos*, *op. cit.*, p. 983, nota marginal 18/42, refiriéndose al antiguo art. 116.1.b) TRLGDCU, nos advierte de que “se trata de un estándar solo referible al uso esperado como ordinario, pero no define ni condiciona la calidad del producto, que no puede ser desentrañada por medio de este estándar, si cosas de distinta calidad pueden satisfacer cada una de ellas el uso ordinario previsto. A tal fin, el presente estándar no contiene una regla residual a favor de la calidad «media», a diferencia de lo dispuesto en el art. 1167 CC”.

18. Actualmente, con las directivas de 2019, se ha añadido que dichos fines deben tener en cuenta, cuando sea de aplicación, “toda norma vigente, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector”²⁹. Es decir, a partir de ahora, a efectos de conformidad, la normativa sectorial reguladora de la naturaleza y características propias sobre determinados bienes, materiales o componentes pasan a formar parte de los criterios subyacentes para esclarecer determinadas faltas de conformidad en sectores como la automoción y los electrodomésticos, al que va unido un mercado creciente de piezas digitalizadas, cada vez en mayor número y complejidad (estas normas también deberán tenerse presente en los servicios de reparaciones y piezas de recambio)³⁰. Sin embargo, esto no significa que estemos ante una noción puramente normativa de lo que debe entenderse por fines habituales o normales. Debe complementarse con lo que los operadores económicos consideran como habitual y esperable de los bienes o contenidos y servicios digitales del mismo tipo³¹.

19. Para terminar, se ha de advertir que en este apartado no se hace referencia a las expectativas razonables del consumidor. Sin embargo, dado que el consumidor es la parte contractual para cuyo uso se destinan los bienes y servicios, podemos entender que el uso normal será el que considere el consumidor medio (ni el experto en dichos bienes o servicios y contenidos digitales, ni el consumidor que carece de cualquier experiencia en bienes o servicios y contenidos digitales)³².

b) Cantidad, calidad y otras características de los bienes y contenidos o servicios digitales

20. Este criterio está previsto en el art. 115 ter 1.d) TRLGDCU y en los arts. 621-20.2.b) y 621-25 CCCat. Procede del art. 2.d) Directiva de 1999, art. IV.A-2:302(f) y IV.A-2:303 DCFR y art. 100.g) CESL.

Según estos apartados son exigibles todos aquellos elementos que, sin incidir directamente sobre la aptitud del bien para servir a sus fines, dotan al mismo de la cantidad³³, y de un nivel de calidad y características equiparable al de los demás bienes que pertenecen a ese tipo de bien³⁴. Se añaden otras características como son: la durabilidad del bien, la accesibilidad, la continuidad del contenido o servicio digital y la funcionalidad, compatibilidad y seguridad³⁵. Esta lista no es exhaustiva (el precepto

²⁹ Respecto a lo que puede entenderse por normas técnicas, vid. art. 2 del Reglamento (UE) n° 1025/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 sobre la normalización europea, por el que se modifican las Directivas 89/686/CEE y 93/15/CEE del Consejo y las Directivas 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE y 2009/105/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se deroga la Decisión 87/95/CEE del Consejo y la Decisión no 1673/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Son las adaptadas por organismos de normalización, europeos, internacionales o nacionales.

³⁰ AVILÉS GARCÍA, “La nueva conformidad contractual...”, *loc cit.*, p. 543.

³¹ GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit.*, p. 252. JUÁREZ TORREJÓN, “Garantías...”, *loc cit.*, p. 117, considera que con ello se da a los criterios objetivos un carácter pseudonormativo.

³² En el mismo sentido, STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 Dir. 770, p. 136, número marginal 18.

³³ LETE ACHIRICA, Comentario al art. 115 ter TRLGDCU, *loc cit.*, p. 1676, critica la referencia a la cantidad pues es más propia de los criterios subjetivos. En el mismo sentido TWIGG-FLESNER, “Conformity of Goods...”, *op. cit.*, p. 65. Un análisis de la cantidad a entregar, ARROYO AMAYUELAS, “La Propuesta de Directiva...”, *loc. cit.*, p. 9, o ARNAU RAVENTÓS, “Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2020, vol. 12, n. 1, *loc cit.*, pp. 83 ss.

La cantidad puede generar ciertas dudas de interpretación. Así, GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit.*, p. 230, respecto al exceso de cantidad, considera que supone una falta de conformidad, aunque no debe confundirse este caso con los supuestos en que existe una especie de acuerdo de novación en el momento de la entrega (se entrega un modelo superior al contratado por falta de stock). STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 de la Directiva 770/2019, *loc cit.*, p. 140 (número marginal 38 ss), considera que tanto la entrega de una cantidad inferior como superior supone una falta de conformidad.

³⁴ MARIN LÓPEZ, “La responsabilidad del vendedor...”, *loc cit.*, p. 21.

Como pone de manifiesto ARNAU RAVENTÓS, “Remedios...”, p. 797, la directiva de 1999 se caracterizaba por su simplicidad, avalada en la ausencia expresa de la cantidad como criterio de conformidad. Las Directivas de 2019, en cambio, “se muestran explícitamente más receptivos frente a las estructuras de mayor complejidad”. Interesante la distinción que realiza entre la “pluralidad objetiva simple” (prestación plural, pero uniforme) y la “pluralidad objetiva compleja” (mezcla de prestaciones de distinta naturaleza).

³⁵ Un análisis de la durabilidad en R. BARBER CÁRCAMO, “Garantías en las ventas de consumo y economía circular: ¿el inicio de un nuevo régimen?”, *RDC*, vol. IX, n. 2, 2022, pp. 150 ss. Se trata de un requisito muy vinculado con las políticas de

dice “y otras características, en particular...” –art. 115 ter.1.d) TRLGDCU-, o “particularmente” -art. 620-21.2.b) CCCat-³⁶. Es importante la referencia a la seguridad, debido al incremento de las amenazas de virus informáticos u otro tipo de malware que pueden dañar equipos informáticos o difundir informaciones privadas de los consumidores³⁷.

21. Todas estas características se delimitan por dos criterios:

- Por una parte, por la cantidad, calidad o características que tienen *normalmente* bienes y contenidos o servicios digital del mismo tipo³⁸, lo que obliga a realizar una labor de ponderación. Lo “normal” debe determinarse objetivamente y depende de los usos y prácticas de un consumidor medio. Además, la obligación de que la calidad sea normal según los bienes y contenidos o servicios digitales del mismo tipo significa que la calidad debe ser media. Hay que tener presente que el progreso tecnológico genera una rápida evolución de la calidad, pero la entrega de un contenido y servicio digital en la versión anterior a la que acaba de salir, no siempre significa que comporte una falta de conformidad (vid art. 621-71 CCCat).
- Por otra parte, además, la cantidad, calidad o características se delimitan por lo que el consumidor y usuario *pueda razonablemente esperar* (el antiguo art. 116.d) TRLGDCU decía “fundadamente esperar”). Sin embargo, en tema de contenidos y servicios digitales, materia muy nueva y en constante evolución, estas expectativas pueden evolucionar y cambiar con más facilidad que con los bienes clásicos.

22. La normativa añade una ayuda adicional a lo que “razonablemente pueda esperar” el consumidor al advertir que debe tenerse en cuenta la naturaleza del bien o de los contenidos y servicios digitales y las declaraciones públicas. El carácter esperable para el consumidor depende del tipo de bien, de su naturaleza, y de la publicidad, al margen de cualquier motivación subjetiva³⁹.

23. Incorporar las expectativas razonables del consumidor tiene su relevancia pues enfatiza el punto de vista del consumidor como un requisito legal y separado de los demás⁴⁰.

24. Los dos criterios descritos: “bienes y contenidos o servicios digitales del mismo tipo” y “las

sostenibilidad y economía circular. Puede consultarse también STAUDENMAYER, “The Directives on Digital Contracts...”, *loc cit*, pp. 238-239 y la vinculación de la durabilidad con la Directiva 2009/125/CE, de 21 de octubre de 2009 por la que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía, y el Reglamento (UE) 2017/1369 del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de julio de 2017 por el que se establece un marco para el etiquetado energético y se deroga la Directiva 2010/30/UE. Respecto a las demás características mencionadas, por todos STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 de la Directiva 770/2019, *loc cit*, pp. 141-144 (número marginal 46 a 57).

³⁶ CORVO LÓPEZ, “Estudio...”, *loc cit*, p 133, nota marginal 31, añade el precio como elemento a tener en cuenta. Y en nota 78 advierte que no cabe exigir las mismas prestaciones a dos bienes entre los cuales existe una diferencia de precio importante, pues esa diferencia de precio justifica que ambos productos no tengan la misma calidad.

³⁷ M.N. TUR FAÚNDEZ, “El régimen de la falta de conformidad tras la reforma de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios por el Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril”, en *La ley* 9716/2021, n. 83, septiembre 2021, p. 4.

³⁸ Según STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 de la Directiva 770/2019, *loc cit*, p. 134 (número marginal 6), la cláusula “the quality and performance which are normal in goods of same type”, se acerca bastante a la definición de *Gattungsschuld* del Derecho civil Alemán (vid § 243 BGB y SCHULZE, comentario al § 243 BGB, en DANNEMANN y SCHULZE, *German Civil Code. Commentary*, C.H. Beck, 2020, número marginal 1 y ss.).

³⁹ Entre otros, J. MARCO MOLINA, “La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías sobre bienes de consumo”, *RCDI*, n. 674, 2002, p.2306, nota 108; L. COSTAS RODAL, “El régimen de la falta de conformidad con el contrato en la compraventa de bienes de consumo”, *Aranzadi civil*, n. 1, 2004, p. 2055; P. MARTÍNEZ ESPÍN, “Claves de la Directiva de suministros de contenidos y servicios digitales (Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019)”, *Publicaciones jurídicas CESCO*, 21 junio 2019, p. 6; J.M. MARÍN LÓPEZ, “La responsabilidad del vendedor de bienes de segunda mano por falta de conformidad”, *Responsabilidad civil, Seguro y Tráfico*, n. 70, 2020, p. 21.

⁴⁰ Como se señala en los comentarios al art. IV.A-2:302 DCFR en C. VON BAR Y E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Sellier, 2009, vol. IV, p. 1286.

expectativas razonables del consumidor”, son cumulativos⁴¹. Siguiendo estos dos parámetros, la actual normativa puede parecer que se desmarca del art. 100.g) CESL que solo hacían referencia a las expectativas del consumidor sin calificarlas (“poseer las cualidades y prestaciones que el comprador pueda esperar”). Sin embargo, el art. 5.2 CESL aclara de forma horizontal cómo deben interpretarse estas expectativas: “cualquier referencia a lo que se pueda esperar de una persona o una persona pueda esperar, o lo que pueda esperarse en una situación concreta, se entenderá hecha a lo que pueda razonablemente esperar”⁴².

B) Criterios objetivos relativos

25. Se trata de requisitos que no confluyen en todo tipo de bienes o contenidos y servicios digitales, sino que solamente se dan en determinadas circunstancias. La propia normativa dice “*cuando sea de aplicación*”.

a) Muestra, modelo, versión de prueba o vista previa

26. Está previsto en el art. 115 ter.1.b) TRLGDCU y en el art. 621-20.2.c) CCCat. Es un requisito inspirado en el art. 35.2.c) CISG y que estaba recogido también en el art. IV.A-2:302(c) DCFR y art. 100.1.c) CESL⁴³. Tiene una función atributiva y excluyente⁴⁴.

Si el vendedor ha facilitado al consumidor o usuario antes de contratar una muestra o modelo, lo entregado deberá tener las cualidades de la muestra o modelo y las que resulten de su descripción (supuesto similar al 2.2.a) Dir 1999, pero mejor redactado)⁴⁵. Si se trata de contenidos o servicios digitales deben

⁴¹ STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 Dir 770, *loc cit*, p. 139, número marginal 36.

La redacción del art. 115 ter. 1.d) TRLGDCU y del 621-20.2.b) CCCat no es clara. Se genera la duda de si son dos criterios distintos o complementario. Si acudimos a la versión francesa de los arts. 7 y 8 de las directivas 770 y 771 se afirma: cualidades y características “*normales pour des biens de même type et auxquelles le consommateur peut raisonnablement s’attendre*”, y en versión inglesa: “*normal for goods of the same type and which the consumer may reasonably expect*”. En estas versiones parece más claro que estamos ante criterios cumulativos y conectados. Incidiremos en ello más adelante.

COLLADO-RODRÍGUEZ Y PEÑA LÓPEZ, “La protección del consumidor...”, *loc cit*, p.875 consideran que la redacción del antiguo art. 116.1.d) TRLGDCU (similar a la actual) es una “perogrullada” y entienden que en el mismo existe un error que solventa interpretando que existen dos criterios de conformidad: uno estaría constituido por la calidad y prestaciones habituales del bien; y la otra regla de conformidad vendría determinada por la calidad y las prestaciones del bien que el consumidor puede legítimamente esperar atendiendo a su naturaleza.

Respecto al ordenamiento catalán, una buena interpretación del apartado en consonancia con el art. 123 del Código de consumo catalán en ARNAU RAVENTÓS, Y GRAMUNT FOMBUENA, “Cap a un Dret català...”, *loc cit.*, pp. 184-185.

⁴² En sentido similar § 434 (1) 2 BGB: “wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann”. GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit.*, p. 252. Consideramos acertada la reflexión del autor (aunque referida a la anterior regulación catalana que no calificaba las expectativas como razonables), según la cual “hagués estat preferible haver imitat el BGB i el CESL i no haver cenyit l’expectativa del comprador al camp de la normalitat o habitualitat en les qualitats i prestacions, i si es volia posar alguns límits al somnis de qualitat i les imaginacions desbocades dels compradors pel que fa a les prestacions d’alló que es compra, haver exigit explícitament -encara que com a requisit implícit sembla gairebé inevitable- el caràcter razonable de l’expectativa a la vista de les circumstàncies”.

⁴³ También se observa este criterio en algunos ordenamientos nacionales como en Portugal, Estonia, Finlandia, etc. Para más detalle, S. MARTENS, Art. 18:203 (2), en N. JANSEN Y R. ZIMMERMANN, *Commentaries of European Contract Law*, Oxford, OUP, 2018, p. 2001, número marginal 40.

⁴⁴ Así lo consideró A.M. MORALES MORENO, Comentario al art. 35 CISG, en L. DIEZ-PICAZO (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Aranzadid, 1998, p. 303. Entre la doctrina actual, por todos, J. LETE ACHIRICA, Comentario al art. 115 ter TRLGDCU, en A. CAÑIZARES LASO (dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1671 y 1672, o COLLADO-RODRÍGUEZ, Y PEÑA LÓPEZ, “La protección del consumidor...”, *loc cit*, p. p. 872, en cuanto al antiguo art. 116 TRLGDCU.

⁴⁵ La exigencia de la conformidad referida a las características de la muestra o modelo es de naturaleza similar a la previsión relativa a la adecuación a la descripción del vendedor, aunque la descripción es posible para bienes únicos y de carácter singular, mientras que la muestra o modelo se refiere a bienes que pueden ser replicados dando lugar a distintos ejemplares. Además, la muestra o modelo tiene un elemento de corporeidad que la descripción no suele tener. GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit*, p. 256.

ser conformes con la versión de prueba o vista previa de los mismos puestos a disposición del consumidor antes de la celebración del contrato. La vista previa suele estar más limitada que la versión de prueba.

27. Es el empresario el que ofrece la muestra o modelo. El precepto no regula el supuesto en el que es el consumidor el que pone a disposición del vendedor la muestra o modelo. Si así fuera estaríamos ante un requisito subjetivo y habrá que estar a lo que acuerden las partes⁴⁶.

28. Es posible que la presentación de la muestra o modelo vayan acompañadas de descripciones hechas por el vendedor respecto a determinadas cualidades o características del bien mostrado. Esta descripción del vendedor contribuye a fijar el valor de la muestra como referente más o menos exacto del bien que se entregará al comprador⁴⁷. Sin embargo, si hubiera discrepancia entre las cualidades de la muestra, modelo, versión de prueba o vista previa y la descripción del vendedor, habrá que estar a esta última si así consta de forma expresa en el contrato y es aceptada por el consumidor y usuario tras ser informado específicamente. Es decir, hay que reconducir el tema a las condiciones establecidas en los art. 115 ter.5 TRLGDCU o 621-20.4 CCCat). Si no se cumplieran estas condiciones (aceptación expresa y por separado), dado que los arts. 115 ter.1.b) TRLGDCU y art. 621-20.2.c) CCCat⁴⁸ no menciona las descripciones realizadas por el vendedor (se refiere a la “descripción de la muestra o modelo o ser conformes con la versión de prueba o vista previa”), estas declaraciones del vendedor deberían considerarse irrelevantes⁴⁹.

29. En este criterio de conformidad no se hace referencia a lo que el consumidor y usuario pueda razonablemente esperar⁵⁰. Sin embargo, cuando a un consumidor, por ejemplo, se le permite probar un vehículo es para que se percate mejor de las dimensiones relevantes del bien (sensación de conducción). El consumidor esperará recibir lo que percibió a través de lo que se le mostró o se le dejó probar. La muestra o modelo permite incluir en el ámbito de la conformidad debida las propiedades que se materializan en la muestra o modelo. Pero esto no significa que el consumidor no pueda legítimamente esperar ciertas propiedades que corresponden a prestaciones habituales o normales (por ejemplo, el equipamiento de seguridad en un vehículo), aunque no estuvieran presentes en la muestra o modelo presentado por el vendedor al consumidor⁵¹. Si estas cualidades normales y habituales que espera razonablemente el consumidor no están en el bien que se prueba, el vendedor deberá informar de forma específica sobre ello y el consumidor aceptarlo expresamente y por separado (art. 115 ter .5 TRLGDCU o art. 621-20.4 CCCat). Lo importante en estos casos es la transparencia en la información, que queden claras las cualidades que tiene la muestra o modelo y que el comprador sea consciente de las mismas (de lo contrario estaríamos ante “otro tipo” de bien).

b) Accesorios, instrucciones o documentos de instalación

30. Se contempla en los art. 115 ter.1.c) TRLGDCU y el art. 621-20.2.d) 621-22 CCCat⁵². Se

⁴⁶ CARRASCO PEREA, *Derecho de contratos, op cit*, p. 982, nota marginal 18/40, afirma que en estos casos la norma (refiriéndose al antiguo art. 116.1.a) TRLGDCU no se aplicaría.

⁴⁷ MARÍN LÓPEZ, “La responsabilidad del vendedor...”, *loc cit.*, p 19. Considera que esta descripción es un parámetro de referencia complementario para determinar la adecuación de la muestra con lo entregado.

⁴⁸ En el mismo sentido GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit*, p. 256. El problema en la legislación catalana es que el art. 621-71 CCCat remite a los criterios de conformidad del art. 621-20 CCCat, pero en el apartado 2.c) de este último precepto, solo se alude a la descripción de la muestra o modelo, no a la versión de prueba o vista previa en el caso de contenidos y servicios digitales.

⁴⁹ Respecto al antiguo art. 116 TRLGDCU, CARRASCO PEREA, *Derecho de contratos, op cit*, p 982, considera que “si el vendedor ha descrito la cosa con cualidades distintas (y superiores) a las inferibles de la muestra, prevalecerá aquella declaración”.

⁵⁰ CARRASCO PEREA, *Derecho de contratos, op cit*, p.982 nota margina, 18/40, manifiesta que “no son decisivas las cualidades y bondades que el comprador *crea* descubrir en la muestra, si no están en ella, y si el vendedor no las ha «descrito» como pertenecientes a la muestra”.

⁵¹ GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit*, p. 257.

⁵² El art. 621-20.2.d) CCCat tiene una redacción más perfilada que la del art. 115 ter.1.c) TRLGDCU: “Esté embalado o envasado de la manera habitual o, si procede, de manera adecuada para conservar y proteger el bien o dar el destino que corresponda y se entregue con los accesorios y documentos que el comprador puede razonablemente esperar recibir”.

trata de un nuevo criterio de conformidad cuyo origen lo podemos encontrar en el art. 35.2.d) CISG, art. IV.A-2:302(d) DCFR y art. 100.d) y e) CESL.

31. En cuanto a los accesorios no debe identificarse necesariamente con el de pertenencia del bien, sino que debe interpretarse de forma funcional: cualquier otro elemento que sin formar parte integrante del bien vendido, es habitual que lo acompañe y puede afectar a las prestaciones, funcionalidad o utilidad del bien⁵³.

Como ejemplo de accesorio se menciona el embalaje o envasado cuya función es de protección o conservación y de comercialización⁵⁴. Aunque en el contrato no se haya pactado que los bienes han de entregarse embalados o envasados de una determinada manera (si se ha pactado puede exigirse conforme a los criterios subjetivos), existe una falta de conformidad si, dadas las expectativas razonables del consumidor, el producto no lo está o lo está de forma inadecuada o defectuosa provocando un riesgo en el producto. El criterio es importante, especialmente, en las ventas *on line*⁵⁵. No se exige que el producto presente un defecto a causa de un mal embalaje.

32. El parámetro para medir este criterio es la expectativa razonable del consumidor⁵⁶. Si compro unos zapatos, lo que espero es que vengan en una caja y así poderlos guardar en el cambio de estación. Si compro una viola, mi expectativa es que venga con un estuche. Si compro un regalo espero que me lo envuelvan (aunque en este caso entraríamos más bien ante un criterio subjetivo, pues lo usual es ponerlo en conocimiento del vendedor)⁵⁷.

En los contenidos y servicios digitales el embalaje tiene un papel secundario pues lo habitual es que se suministren en línea, pero puede ser importante si compro un CD, pues lo normal que vaya protegido en una caja o funda.

33. También existe falta de conformidad cuando, debiendo entregar el vendedor las instrucciones de instalación o de otro tipo (instrucciones mantenimiento de bien, por ejemplo)⁵⁸, no las entrega (si las instrucciones son defectuosas y por eso se produce la incorrecta instalación o mantenimiento inadecuado, art. 115 quater TRLGDCU o 621-21 y 621-72 CCCat). Se hace referencia a instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar a recibir, y no a las instrucciones requeridas por el contrato

La normativa no incluye en este apartado “la asistencia al consumidor y usuario”, como sí se hace en el art. 115.bis.c) TRLGDCU en sede de criterios subjetivos de conformidad (la legislación catalana, en el art. 621-20.1.b) CCCat no alude a la asistencia). La asistencia, pues no debe entrar en las expectativas razonables del consumidor, en el sentido de ser un servicio sistemático suministrado por el vendedor. Estamos ante un requisito que debe acordarse en el contrato.

⁵³ GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-21 y 621-22, p. 266.

⁵⁴ También sería un accesorio una rueda de repuesto o kit de reparación del vehículo. Estos artículos pueden venderse por separado, pero deben entregarse si es habitual incluirlos en el precio y así lo espera recibir el consumidor. Comentarios al art. IV.A-2:302, Draft Common Frame of Reference, Full Edition, vol. IV, p. 1285.

⁵⁵ Así se afirma en los comentarios al art. IV.A-2:302, Draft Common Frame of Reference, Full Edition, vol. IV, p. 1285, y S. MARTENS, Art. 18:203 (2), *loc cit*, p. 2003, número marginal 14.

⁵⁶ LETE ACHIRICA, Comentario a art. 115 ter TRLGDCU, *loc cit*, pp. 1673 y 1674-1675, duda sobre el sentido que tiene vincular los accesorios a lo que el consumidor pueda razonablemente recibir, especialmente si la función del embalaje es la protección, conservación o comercialización.

TWIGG-FLESNER, “Conformity of Goods...”, *loc cit*, p. 64, critica la poca claridad del supuesto. Señala que vincular el embalaje a las expectativas razonables del consumidor es inusual y puede significar que el embalaje necesita algo más que ser adecuado para trasladar los bienes de forma segura al consumidor y podría incluir cuestiones como que el embalaje sea reciclable o no.

⁵⁷ Sin embargo, a veces, las expectativas del consumidor respecto a los accesorios pueden verse limitadas legalmente. A partir del 1 de enero de 2021, se prohíbe la entrega de bolsas de plástico ligeras, excepto si son de plástico compostable (Real Decreto 293/2018 de 18 mayo sobre reducción de bolsas de plástico y por el que se crea el registro de productores). A raíz de ello en la mayoría de establecimientos ya no se entregan bolsas de ningún tipo a no ser que se paguen, lo que ha supuesto un cambio de expectativa.

⁵⁸ El art. 621-20 CCCat alude a la entrega de los “accesorios y documentos que el comprador pueda razonablemente esperar recibir”. Un estudio de lo que supone la entrega de documentos en GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit*, pp. 234-235 y 266.

(sí lo preveía la Propuesta de Directiva de 2015⁵⁹). Con este criterio se evita que las cláusulas contractuales puedan reducir a mínimos ese deber de suministrar instrucciones, lo que tratándose de contenidos digitales complejos no sería una solución adecuada⁶⁰.

34. Debemos recordar también aquí la necesidad de información específica y acuerdo expreso y por separado del consumidor para desviarse de este criterio (art. 115 ter. 5 TRLGDCU y art. 621-20.4 CCCat).

C) Supuestos especiales

a) Las actualizaciones en contratos de compraventa de bienes con elementos digitales o de suministro de contenidos o servicios digitales.

35. Se regula en el 115 ter.2 y 3 TRLGDCU y en el art. 621-20.6 CCCat, en los que se hace referencia a las actualizaciones necesarias para mantener la conformidad en este tipo de compraventas o suministros⁶¹. No se refiere a actualizaciones que puedan introducir características adicionales que no estaban presentes en el momento de la entrega ni previstas en el contrato⁶². Lógicamente, este requisito no es de aplicación a los contratos de compraventa de bienes que no incorporen elementos digitales⁶³.

36. Es un criterio de conformidad objetivo específico para las actualizaciones de los bienes de elementos digitales. El vendedor velará por que se comuniquen y suministren al consumidor las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener dichos bienes en conformidad durante el período que el consumidor pueda razonablemente esperar (cuando el contrato prevé un único acto de suministro de contenido digital o servicio digital) o durante el plazo de dos años o el (superior) fijado en el contrato (cuando el contrato establezca el suministro continuo de contenidos o servicios digitales durante un período inferior o superior a dos años). Aunque el vendedor no será responsable de la falta de conformidad causada por la falta de actualización cuando el consumidor no instala la actualización en un plazo razonable.

37. En todo caso, como señala el art. 115 ter.6 TRLGDCU: “Salvo que las partes lo hayan acordado de otro modo, los contenidos o servicios digitales se suministrarán de conformidad con la versión más reciente disponible en el momento de la celebración del contrato”⁶⁴. En sentido similar el art. 621-71 CCCat, aunque se añade, apropiadamente, que “las partes pueden pactar, incluso en los contratos de consumo, que la versión suministrada no sea la más reciente”.

38. Queremos detenernos en este apartado en la circunstancia de que la obligación de actualizar que incumbe al empresario debe perdurar durante el periodo de tiempo que el consumidor *pueda razona-*

⁵⁹ La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales de 9 de diciembre de 2015, COM (2015) 634 final, en su art. 6.1.c) afirmaba: “suministrados junto con las instrucciones y asistencia al consumidor requeridos por el contrato”.

⁶⁰ S. CÁMARA LAPUENTE, “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de Directiva de 9.12.2015”, *Indret*, 3.2016, p. 35.

⁶¹ Por primera vez en el Derecho europeo, las dos directivas de 2019 prevén la obligación de proporcionar actualizaciones. En este sentido, en sede de conformidad objetiva existe la obligación de proporcionar información y suministrar actualizaciones que serán necesarias para mantener la conformidad. Sobre el tema, STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 de la Directiva 770/2019, *loc cit*, pp. 153 ss (número marginal 110 y ss).

⁶² TWIGG-FLESNER, “Conformity of Goods...”, *loc cit*, p. 69.

⁶³ Una lectura crítica que cuestiona el régimen legal aplicable al contenido y servicio digital que acompaña al bien proponiendo una solución alternativa, R. BARCELÓ COMPTE, Y G. RUBIO GIMENO, “La conformidad de los bienes con elementos digitales: un supuesto en la intersección de la DCD y la DCV”, *Indret*, 3.2022.

⁶⁴ El art. 115 ter.4 TRLGDCU señala que “Cuando el contrato prevea el suministro continuo de contenidos o servicios digitales a lo largo de un período, estos serán conformes durante todo ese periodo”.

blemente esperar. Definir un plazo a través de las expectativas razonables del consumidor no otorga seguridad jurídica⁶⁵. El considerando 47 de la Dir. 771 señala que lo que el consumidor pueda razonablemente esperar puede dar lugar a las siguientes opciones: “en lo que respecta a los contenidos o servicios digitales, cuya finalidad es limitada en el tiempo, la obligación de facilitar actualizaciones debe limitarse a ese período de tiempo, mientras que para otros tipos de contenidos o servicios digitales, el período durante el cual deben facilitarse actualizaciones al consumidor podría ser igual al período de responsabilidad por falta de conformidad o ampliarse más allá del mismo, que podría ser el caso, en particular, de las actualizaciones de seguridad”. Por tanto, habrá que interpretar caso por caso las expectativas razonables del consumidor, que en todo caso, siempre deberá interpretarse de forma objetiva (considerando 46 Dir. 770).

b) La incorrecta instalación del bien como un caso de falta de conformidad

39. Se regula en el art. 115 quater TRLGDCU⁶⁶ y en el art. 621-21 CCCat. En ningún momento se alude a las expectativas razonables del consumidor o usuario, pero sí existe conexión con el art. 115 ter.1.c) TRLGDCU o 621-20.2.d) CCCat.

En este caso, la falta de conformidad no deriva de un defecto material en el bien, sino de una incorrecta instalación. Se da relevancia, por tanto, a la incorrecta prestación de un servicio.

La incorrecta instalación del bien ya era una falta de conformidad en la Directiva 1999 (art. 2.5) o en el art. IV.A-2:304 DCFR. La nueva normativa toma como modelo estos preceptos. De hecho, la regla que establece es la misma, aunque ahora la redacción está más cuidada y es más correcta desde el punto de vista técnico. Como novedad se contempla la integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales. Por integración se entiende la conexión o incorporación de los contenidos o servicios digitales con los componentes del entorno digital del consumidor o usuario para que estos se utilicen con arreglo a los requisitos de conformidad⁶⁷.

40. El vendedor responderá por la incorrecta instalación del bien en dos casos: por una parte, cuando la instalación forme parte del contrato de compraventa y sea realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad; y por otra parte, cuando esté previsto que la instalación la realice el consumidor, sea realizada por este y la instalación incorrecta se deba a deficiencias en las instrucciones de instalación proporcionadas por el vendedor o, en el caso de bienes con elementos digitales, proporcionadas por el vendedor o por el proveedor de los contenidos o servicios digitales.

D) La exclusión de criterios objetivos

41. Ya hemos visto a lo largo de los criterios mencionados anteriormente que se prevé la posibilidad de que los criterios objetivos sean excluidos por parte del empresario (art. 115 ter.5 TRLGDCU y art. 621-20.4 CCCat)⁶⁸. se sigue el criterio que establecía el art. 99.3 CESL y se desvía del art. 2.3 Dir 1999. La nueva normativa se decanta por un criterio más riguroso a favor del consumidor⁶⁹.

⁶⁵ Así lo advierten I. BACH, “Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte”, *Neue Juristische Wochenschrift NJW*, 2019.24, p. 1707, o R. SCHULZE “Die Digital -Richtlinie. Innovation und kontinuierlichkeit im europäischen Vertragsrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2019.4, p. 714.

⁶⁶ Aunque no lo diga el apartado b), tampoco responderá el empresario cuando sea el consumidor y usuario quien se desvíe de las instrucciones de instalación proporcionadas por este.

⁶⁷ La instalación de contenidos digitales en bienes con elementos digitales suele ser una condición previa para el funcionamiento de dichos bienes. La integración del contenido digital en el entorno digital permite al consumidor acceder al contenido digital y poder utilizarlo.

⁶⁸ No es una norma nueva en nuestro derecho, pues la observamos de forma similar en el art. 97.5 TRLGDCU respecto a los contratos a distancia o celebrados fuera de establecimiento; en el art. 154 TRLGDCU relativo a viajes combinados o en el art. 11.2 de la Ley 4/2012 de 6 de julio de contratos de aprovechamiento por turno.

⁶⁹ GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit*, p. 283 y 294.

Se está pensando, especialmente, en los casos de bienes con taras⁷⁰. En este sentido, no existirá responsabilidad por falta de conformidad cuando el vendedor ha informado de manera específica, antes de la conclusión del contrato, que unas determinadas características del bien se apartan de aquellos criterios (por tanto, el defecto o problema ha sido identificado) y el consumidor o usuario lo acepta expresamente y por separado de otras declaraciones o acuerdos (por ejemplo, marcando una casilla, apretando un botón o activando una función similar⁷¹).

Se demuestra con ello un comportamiento activo e inequívoco⁷². El vendedor es responsable de asegurar que el consumidor o usuario conozca el problema o defecto del bien⁷³ y que quede constancia de ello.

42. La finalidad de la norma es evitar que, a base de describir los defectos o características negativas del bien en las condiciones generales de la contratación, el consumidor se vea posteriormente impedido de reclamar por falta de conformidad⁷⁴. Esta norma se utiliza como argumento a favor de priorizar los criterios objetivos sobre los subjetivos⁷⁵.

Los arts. 115 ter.5 TRLGDCU⁷⁶ y 621-20.4 CCCat son complejos y traidores por lo que pueden esconder. CÁMARA LAPUENTE, advierte que el nuevo art. 115 ter.5 TR-LGDCU, “en función de la futura praxis contractual en el mercado podría convertirse de facto en regla”, además, la norma menoscaba o puede diluir el carácter objetivo de los criterios del art. 115 ter.1 TRLGDCU, y añade que “más que requisitos objetivos inderogables basados en un estándar de expectativas razonables del consumidor medio, las Directivas y la transposición española potencian los deberes de transparencia a cargo del empresario y la configuración de una suerte de consentimiento reforzado (“expreso y por separado”), a imagen y semejanza del consentimiento “granular” y más protegido que se exige para autorizar lícitamente el tratamiento de datos personales del art. 7.3 RGPD para estos supuestos”⁷⁷.

43. La información debe realizarse de “forma específica”, lo que parece excluir la información tácita como podría ser la que otorga indirectamente el vendedor cuando el rótulo de su tienda advierte que son productos de segunda mano o de ocasión⁷⁸.

⁷⁰ Sorprende que dicha posibilidad de exclusión no proceda cuando los criterios de conformidad se refieran a la instalación, como pone de manifiesto ARROYO AMAYUELAS, “Las nuevas directivas sobre digitalización del Derecho de contratos”, en L. ARNAU RAVENTÓS, *La digitalización del Derecho de contratos en Europa*, Madrid, Tecnos, 2022. p. 31.

⁷¹ MARTÍNEZ ESPÍN, “Claves de la Directiva...”, *loc cit.*, p. 6.

⁷² AVILÉS GARCÍA, “La nueva conformidad contractual...”, *loc cit.*, pp. 545 y 546. Considera este caso como un quinto criterio de conformidad respecto a los bienes de segunda mano.

⁷³ TWIGG-FLESNER, “Conformity of Goods...”, *loc cit.*, p. 71. Afirma que “This is a narrow exclusionary provision than the corresponding provision in the CSD” (CSD: Dir 1999). Sin embargo, señala que es posible que el consumidor también puede haberse dado del problema del bien por otros medios, por ejemplo, a través de un examen de los bienes antes de celebrar el contrato, o quizás a través de “widespread reports” del problema de los bienes en cuestión. Este supuesto ya no lo recoge la nueva regulación del TRLGDCU.

⁷⁴ ARROYO AMAYUELAS, “La Propuesta de Directiva...”, *loc cit.*, p.8; JUÁREZ TORREJÓN, “Garantías...”, *loc cit.*, p. 118, añade que el alcance de esta norma no pretende supeditar la irrelevancia de la falta de conformidad perfectamente cognoscible, a que, además, se cumplan los requisitos formales de información específica al consumidor y aceptación ad hoc de este.

⁷⁵ GSELL, “Conformidad...”, *loc cit.*, p. 5, a raíz de ello considera que “es prácticamente imposible que el comerciante escape de los requisitos objetivos (...); el comerciante no puede simplemente acordar de manera informal que los bienes de consumo son de calidad inferior. Tal acuerdo de calidad negativa, en el sentido de una desviación negativa del estándar objetivo de conformidad, está prácticamente excluido”. No defiende la prioridad de los criterios objetivos CASTILLA BAREA, ¿Estamos ante un nuevo...”, *loc cit.*, a lo largo de todo el trabajo.

⁷⁶ Art. 115ter.5 TRLGDCU. “No habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad en el sentido de lo dispuesto en los apartados 1 o 2 cuando, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor o usuario hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los bienes o de los contenidos o servicios digitales se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad establecidos en los apartados 1 o 2 y el consumidor o usuario hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia”.

⁷⁷ CÁMARA LAPUENTE, “Un primer balance...”, *loc cit.*, p. 37 y 38. Añade que “de nuevo cabe entrever aquí el futuro papel del control de transparencia frente a las cláusulas predispuestas que delimitan los elementos esenciales de estos contratos *ex art.* 4.2 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas”

⁷⁸ De la misma opinión CASTILLA BAREA, *La nueva regulación...*, *op cit.*, p. 162, que apunta que no se puede deducir de la mera aceptación de un bien la aquiescencia del consumidor a adquirirlo con faltas de conformidad. Vid. J.R. DE VERDA Y BEA-

El enfoque es distinto al que tenía el derogado art. 116.3 TRLGDCU, pues en este se excluía la responsabilidad por falta de conformidad del vendedor si al celebrar el contrato el consumidor y usuario “conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar” dicha falta de conformidad. Por tanto, solo los defectos ocultos daban lugar a responsabilidad. Antes se exigía una diligencia media al consumidor para percatarse de la existencia de faltas de conformidad y poder así rechazarlo antes de la entrega⁷⁹. En cambio, ahora se prescinde de la situación subjetiva del consumidor trasladando la diligencia al vendedor: él debe detectar las disconformidades, informar y asegurarse de que el consumidor lo acepta expresamente y por separado⁸⁰. Se abandona el criterio general del conocimiento, directo o presunto, y se sustituye por el del consentimiento y aceptación

44. La exigencia de la aceptación expresa y por separado burocratiza la situación y todo a cargo del vendedor. Según TWIGG-FLESNER, no es posible inferir la aceptación del consumidor simplemente del hecho de que el consumidor completó el contrato; tiene que haber alguna indicación expresa y un registro de dicha aceptación⁸¹.

La simple inserción en el documento contractual de una cláusula predispuesta sobre este conocimiento y aceptación de la conformidad del bien por parte del consumidor, no sería suficiente. Se exige cumplir los requisitos legales⁸².

45. Ahora bien, esta excepción no procederá en el caso del lanzamiento en el mercado de bienes o contenidos y servicios digitales mejorados respecto a su versión anterior, siempre que quede bien clara dicha desviación/mejora en la declaración pública. Por ejemplo, dentro del sector de las aspiradoras (“el mismo tipo”), se lanza una inalámbrica; el que sea inalámbrica la hace distinta de las otra, por tanto, no es del mismo tipo, pero la declaración pública debe dejar claro que una aspiradora tradicional y un modelo inalámbrico son bienes distintos a través de la descripción de sus características.

46. Al parecer de ARROYO AMAYUELAS, tampoco debería proceder respecto de bienes de segunda mano porque el desgaste y utilización previa no permiten establecer una expectativa razonable uniforme para los bienes del mismo tipo. Cuando el vendedor describe las características del bien de segunda mano y establece qué defectos tiene, no existen otras expectativas del comprador que justifiquen que este pueda exigir calidades distintas. “Si el vendedor no explica el estado concreto del bien que el consumidor adquiere, determinadas características de los bienes de segunda mano del sector de que en cada caso se trate podrían formar parte de un subtipo concreto que podría servir para establecer requisitos objetivos de calidad”. El vendedor de un coche nuevo está sujeto a la expectativa estandarizada del consumidor según la cual el coche debe estar impecable, en cambio, el vendedor de un coche usado tiene en sus manos determinar de forma decisiva la expectativa de calidad por parte del consumidor describiendo de forma clara y transparente el estado individual del bien. Así las cosas, el vendedor de un coche nuevo necesita el consentimiento expreso y separado del consumidor si quiere vender como nuevo y sin defectos un coche que tiene arañazos en la puerta, sin embargo, esto no será necesario para el vendedor de un coche usado si ha descrito con suficiente claridad que tiene arañazos. El factor decisivo para el diferente tratamiento es precisamente el hecho de que existe una expectativa de mercado normalizada para la falta de desgaste de un coche nuevo, pero no para el desgaste de un coche usado⁸³.

MONTE, Y G. MUÑOZ RODRIGO, “De la propuesta de Directiva, 31 octubre 2017, a la Directiva 2019/771, 20 mayo 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes”, *IDIBE*, febrero 2021.

⁷⁹ Como señala JUÁREZ TORREJÓN, “Garantías...”, *loc cit.*, p. 117, respecto de lo que no se puede ignorar uno no puede quejarse cuando ha comprado pues la alternativa razonable hubiera sido no contratar.

⁸⁰ CASTILLA BAREA, *La nueva regulación...*, *op cit.*, p. 162. La nueva regulación, por tanto, eleva la protección al consumidor. Sin embargo, en CCCat se ha mantenido el supuesto (art. 621-251.a).

⁸¹ TWIGG-FLESNER, “Conformity od Goods...”, *loc cit.*, p. 71.

⁸² GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit.*, pp. 247-248 y 280.

⁸³ ARROYO AMAYUELAS, *La transformación digital...*, *loc cit.*, p. 12 y 13. GSELL, “Conformidad...”, *loc cit.*, pp. 13.

III. Las expectativas razonables del consumidor

47. Decíamos anteriormente que los criterios objetivos se basan en las características y fines que presentan normalmente los bienes y los contenidos y servicios digitales del *mismo tipo* y en lo que “el consumidor pueda razonablemente esperar”⁸⁴, o en lo que es lo mismo, en las expectativas razonables del consumidor, a las que nos vamos a dedicar a partir de ahora.

48. Una *expectativa* es la esperanza o ilusión de realizar o ver cumplido un determinado propósito. Supone una anticipación que hace un consumidor de la experiencia que vivirá al comprar un bien. Así, las expectativas de un consumidor que quiere adquirir un vehículo serán diferentes para el que adquiere uno por primera vez que para el que es el tercer coche que compra. Ahora bien, las expectativas no son deseos subjetivos o utópicas, sino que están basadas en vivencias propias y en información. Así planteado, no puede negarse el matiz subjetivo de la expectativa. Pero como agudamente nos enseña VAQUER ALOY “este tinte subjetivo de la conformidad, no significa que el comprador pueda decidir según su arbitrio si la prestación es o no conforme (SAP Coruña 7.2.2012: “la falta de conformidad no se refiere a la simple disconformidad del cliente sino a defectos exteriorizados en el producto, y que se prueben”), pero sí que sus anhelos se incrustan en la prestación ideal y devienen determinantes de la existencia de conformidad”⁸⁵.

49. Como elemento definidor de lo que debe considerarse conforme, las expectativas del consumidor y usuario se exige que sean “razonables” tanto en el TRLGDCU como CCCat⁸⁶. En general, en estos textos legales, se alude a la razonabilidad en diversas ocasiones con matices distintos en cada una de ellas. Así, en sede de los criterios objetivos, se hace referencia, por ejemplo, a lo que el “consumidor y usuario pueda razonablemente esperar”, a lo que “no cabía razonablemente esperar que conociera” y al “plazo razonable”; en CCCat también se hace referencia a lo que “el comprador conozca o pueda razonablemente conocer la incorrección”⁸⁷. Sin embargo, no hay una referencia general de cómo deben interpretarse.

50. En concreto observamos que en sede de los criterios objetivos de conformidad se hace referencia a las “expectativas razonables del consumidor” en tres ocasiones⁸⁸: en el art. 115 ter 1. c) y d) y 115 ter 2. a) TRLGDCU; y arts. 621-20.2. b) y d), y art. 621-20.6.a) CCCat. La duda que se nos genera es ¿por qué solo se hace referencia en estos tres supuestos y no en los restantes criterios? En los comentarios al art. IV.A-2:302 DCFR (en el que se regulan los criterios de conformidad) se señala que las expectativas del consumidor están implícitas en todos los criterios del precepto, pero en el último criterio (f) funciona como una “general sweep.up rule”, ya que va más allá de lo previsto en el resto del articulado⁸⁹.

⁸⁴ CÁMARA LAPUENTE, “Un primer balance...”, *loc cit.*, p. 37; ARROYO AMAYUELAS, “La Propuesta de Directiva...”, *loc cit.*, p. 8.

⁸⁵ A. VAQUER ALOY, Capítulo 8, en P. DEL POZO CARRASCOSA, A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 159. Añade que “la llamada a las expectativas es clave, por ejemplo, para poder concretar la conformidad de la prestación cuando se trata de la venta de bienes nuevos o de bienes de segunda mano o de bienes de gama alta”. Con más detalle, con interesante jurisprudencia, VAQUER ALOY, “La conformidad...”, *loc cit.*, pp. 218 y 219.

⁸⁶ Como señala CORVO LÓPEZ, “Estudio...”, *loc cit.*, p. 133, nota marginal 31, “por muy correctas que sean las expectativas del comprador, no deben ser tenidas en cuenta si no corresponden con lo que razonablemente cabe esperar del producto adquirido por el comprador”. C. LASHERAS ROMERO, “La falta de conformidad en el Derecho de consumidores. Especial referencia al concepto y tipos”, *Revista de Derecho Patrimonial*, n. 35, sep-dic 2014, p. 226, destaca la inseguridad jurídica que crea este elemento.

⁸⁷ El art. 621-25.1.a) CCCat introduce un aspecto no previsto en el art. 115 ter.1.d) TRLGDCU (aunque sí estaba recogido en el antiguo art. 116.3). El CCCat regula en un precepto separado las manifestaciones públicas previas a la conclusión del contrato y tras afirmar la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad, le exonera en el caso en que “el comprador conozca o pueda razonablemente conocer la incorrección”.

⁸⁸ STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 Dir. 770, p. 151, número marginal 93; o “The Directives on Digital Contracts...”, *loc cit.*, p. 239. También se utiliza el calificativo “razonable” en relación con la situación en la que el empresario no es responsable de las declaraciones públicas del productor si demuestra que “desconocía o no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión” (arts. 115 ter d) 1º TRLGDCU y 621-25-2 CCCat -también se alude a ello en el 621-25-1-a) respecto del consumidor-).

⁸⁹ Este último criterio equivale al art. 115 ter.1.d) TRLGDCU. Comentario al art. IV.A-2:302 DCFR Draft Common Frame of Reference, Full Edition, vol. IV, p. 1286.

51. Para entender lo que “el consumidor y usuario puede razonablemente esperar” hay que realizar una mirada periférica y acudir a las directivas que han dado origen a la actual regulación del régimen de garantías⁹⁰. Estamos ante una expresión legal abstracta⁹¹ y no nos podemos dejar llevar por su literalidad, pues la ausencia de definición en la normativa del TRLGDCU y CCCat, podría hacernos caer en el error de que estamos ante un criterio subjetivo y, en cierto modo, arbitrario⁹². Lo que debe imperar a la hora de fijar la referencia de lo que razonablemente cabe esperar, es la perspectiva del comprador representativo dentro de la población de compradores de acuerdo con el bien y del sector⁹³.

Inicialmente la Comisión Europea quería utilizar las expectativas razonables del consumidor como concepto central para definir las características legales de los bienes vendidos, pero tuvo que retirarse este enfoque por las críticas recibidas. Sin embargo, a partir de la Directiva 44/1999 se incorporó dicha expresión masivamente⁹⁴, quizás “con el fin de equilibrar el requisito de seguridad jurídica con una flexibilidad de las normas legales” (considerando 24 dir 771). Lo que se pretende es buscar un enfoque objetivo y estandarizado.

52. La inspiración de la noción de lo que el consumidor y usuario puede razonablemente esperar hay que buscarla en la British Sale of Goods Act 1979⁹⁵. Sin embargo, las expectativas del consumidor como elemento para determinar la conformidad no se recogió en el art. 35 CISG, pero sí en el art. 2.2.d) Dir 1999 (donde se usa el adverbio “fundadamente” en vez de “razonablemente” y de ahí se transpuso a los antiguos arts. 1161.d TRLGDCU y 621-20.2.c) CCCat), posteriormente se incluye también en el art. IV.A.-2:302 f) DCFR, de ahí a los arts 7.1.d) Dir 771 y 8.1.b) Dir, 770, y posteriores a los arts. 115 ter 1.d) TRLGDCU y 621-20.2.b) CCCat⁹⁶.

Cabe recordar que el art 100.g) CESL hace referencia a las expectativas del consumidor sin calificarlas como razonables: “poseer las cualidades y prestaciones que el comprador pueda esperar”. Sin embargo, ya advertimos que en los principios generales del CESL, el art. 5.2 CESL afirma que “cualquier referencia a lo que se pueda esperar de una persona o una persona pueda esperar, o a lo que pueda esperarse en una situación concreta, se entenderá hecha a lo que puede razonablemente esperarse” (se realiza una interpretación horizontal y extensible a todo su articulado).

⁹⁰ La SAP Islas Baleares, 19 julio 2010 (JUR\2010*328247), advierte que en el antiguo art. 116.1.d) TRLGDCU (similar al actual art. 115 ter.1.d) TRLGDCU), se observa una reminiscencia al concepto de las legítimas expectativas del consumidor del Libro Verde sobre Garantías de los bienes de consumo y Servicios de postventa de 15 de noviembre de 1993.

⁹¹ Respecto a los términos legales abstractos, STAUDENMAYER (ed), Introduction, en “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Textbook, C.H. Beck, 2012, p. XXII, afirma que deben ser interpretados y todo legislador de Derecho civil se enfrenta con la necesidad de tomar una decisión equilibrada entre la necesidad de que exista una seguridad jurídica restringiendo al mínimo el uso de términos legales abstractos, y la necesidad de que exista una flexibilidad que permita a los jueces tomar decisiones justas al disponer de términos abstractos. Afirma que el uso del término abstracto razonabilidad en la CESL “was severely criticised by representatives of all stakeholder groups in the informal consultation launched by the Commission in May and June 2011”. Como consecuencia de ello se eliminó 30 veces el término razonabilidad sustituyéndolo por plazos precisos.

⁹² CASTILLA BAREA, *La nueva regulación...*, *op cit.*, p. 123, señala que “las expectativas de cada persona son un elemento, naturalmente, subjetivo, como también lo es, inicialmente, el criterio de la razonabilidad”, pero añade que el Considerando 24 Dir 771 alude a la necesidad de determinar objetivamente ese criterio de razonabilidad. Por tanto, una expectativa subjetiva del consumidor, aunque fuera razonable, no deberá tener cabida en el precepto.

⁹³ GÓMEZ POMAR, Comentario a los arts. 621-21 y 621-22 CCCat, *loc cit.*, pp. 266 y 267.

⁹⁴ MARTENS, Art. 18:203 (2), *loc cit.*, p. 2003, número marginal 12.

⁹⁵ STAUDENMAYER, “The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – a Milestone in the European Consumer and Private Law”, *ERPL*, 2000.4, p. 552, considera que “The reference to the reasonable expectations, resembles section 14 (2A) of the British Sale of Goods Act 1979 and the clause on “the quality and performance which are normal in goods of the same type”, is fairly close to the definition of the so-called “Gattungsschuld” in German Law”. El autor insiste en ello en “The Directives on Digital Contracts...”, *loc cit.*, p. 239 y en el Comentario al art. 8 de la Dir, 770, *loc cit.*, p 151, nota marginal 94.

Section 14 (2A) of the British Sale of Goods Act 1979: “For the purposes of this Act, goods are of satisfactory quality if they meet the standard that a reasonable person would regard as satisfactory, taking account of any description of the goods, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances”.

⁹⁶ Hemos mencionado aquí solo un supuesto en el que se recogen las expectativas razonables del consumidor, pero veremos que hay más supuestos.

53. Por tanto, estamos ante un criterio muy cercano al common law que ha entrado en nuestro ordenamiento a través de la transposición de las directivas comunitarias. La razonabilidad ha hecho fortuna en las últimas décadas y observamos un abundante uso de dicho estándar en el derecho uniforme europeo.

1. Las expectativas del consumidor perfiladas por el estándar de la razonabilidad

54. Las expectativas del consumidor no son caprichosas ni hay que buscarlas en un entorno u horizonte subjetivo o en las creencias o convicciones del consumidor o usuario, sino que vienen marcadas, delineadas o perfiladas por el estándar de la razonabilidad. Las expectativas son lo que se espera o desea de forma *razonable* y debe de estar objetivamente fundamentado. La frustración de una singular sensibilidad del comprador no puede encontrar refugio en la falta de conformidad, en cambio sí se tendrá en cuenta si se ha pactado o si el comprador puso en conocimiento del vendedor un uso particular del bien⁹⁷.

55. Ya vimos que la regulación anterior, cuando se refería a las expectativas del consumidor, hacía referencia a lo que el “consumidor y usuario pueda *fundadamente* esperar” (art. 116.1.d) TRLGDCU)⁹⁸ o no se calificaba, como en el antiguo art. 621-20.1.c) CCCat: lo que el “comprador pueda esperar”. En cambio, la regulación actual ya ha incorporado expresamente el término “razonable” en el campo de las expectativas del consumidor. Si las expectativas deben ser *razonables*, es preciso determinar en qué consiste y cómo se perfila la razonabilidad.

56. La construcción del Derecho europeo y el acercamiento del *civil law* y el *common law*, ha generado el transvase de conceptos de un sistema a otro. Uno de los conceptos de la tradición jurídica anglosajona que se está introduciendo en el sistema continental, como hemos visto en el anterior apartado, es el de la “razonabilidad”⁹⁹.

Este concepto, entre otros, ha sido ajeno (hasta hace poco) a la cultura civilista de tradición romano-germánica¹⁰⁰ por sus orígenes en el Derecho anglosajón¹⁰¹. Sin embargo, según G. PERLINGIERI, afirmar que el concepto de razonabilidad es extraño a nuestra cultura jurídica refleja la poca atención de los civilistas a la tradición del Derecho romano¹⁰². Toda la jurisprudencia romana, tanto en su método casuístico como en la formulación de *regulae* o brocardos, es un método que combinaba admirablemen-

⁹⁷ GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit.*, p. 238. Recomendables las reflexiones que hace el autor sobre el origen de los bienes vendidos como factor relevante en la conducta de los contratantes.

⁹⁸ COLLADO-RODRÍGUEZ, Y PEÑA LÓPEZ, “La protección del consumidor...”, *loc cit.*, p. 874, comentando la regulación anterior afirman que “las legítimas expectativas del consumidor podemos identificarlas con la confianza de buena fe en que ciertas características, cualidades y calidades se encontrarán presentes en los bienes. El sujeto en el que se debe generar esta confianza no es el consumidor que en concreto adquiere el bien, sino un consumidor medio, razonable y prudente”.

⁹⁹ No es el único concepto importado en nuestro sistema procedente del common law, pensemos en el “principio de conformidad” (M. R. LLÁCER MATACÁS, “La garantía por falta de conformidad y cumplimiento “no conforme” el derecho español a luz del Marco común de referencia”, en E. BOSCH CAPDEVILA (coord.), *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Bosch, 2009, p. 461.

¹⁰⁰ L. NIVARRA, “Ragionevolezza e diritto privato”, en AAVV, *Ars interpretandi. Anuario di ermeneutica giuridica, VII, Ragionevolezza e interpretazione*, Padova, 2002, pp. 373 y 380.

¹⁰¹ Como pone de manifiesto STAUDENMAYER, Introduction, *loc cit.*, p. XXII, “While this term is normal for Common law lawyers, it is not customary for continental lawyers”. Destaca también el origen de la razonabilidad en el common law J.P. SCHMIDT, art 1:1302: Reasonableness, en N. JANSEN, Y R. ZIMMERMANN, *Comentarios on European Contract Laws*, Oxford, OUP, 2018, p. 174, número marginal 3, quien añade que “The paramount of the concept of reasonableness can be said to reflect a fundamental characteristic of the English legal tradition, namely its rootedness in experience and pragmatic reason”.

¹⁰² G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 2, nota 2; se está pensando en la orientación jurisprudencial del siglo I d.C., y en Antistio Labeone, Salvio Giuliano y Papiniano. Como señala N. STAMILE, “Razonabilidad (Principio de)”, en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 8, marzo-agosto 2015, p. 224, “según algunos autores, las raíces históricas de un análisis jurídico de la razonabilidad se encuentran en el mundo romano en el clásico binomio entre *aequitas* y *ius naturale* (Mazzarella, 2003, Frosino 1966, Frosini 1966, Calaso, 1966, Guarino 1960, Cortese 1962)”.

te razón, intuición y experiencia. Las respuestas de los juristas romanos (*responsa prudentians*) son un paradigma imperecedero de razonabilidad. Aquí common law y Roman law se aproximan¹⁰³.

Dentro del Derecho anglosajón, estamos ante un concepto que tiene su origen en la jurisprudencia de los tribunales ingleses de la época victoriana (1837-1901)¹⁰⁴, en particular en sede de *tort law*¹⁰⁵. Sin embargo, la expansión del estándar nacido en el ámbito del Derecho de daños fue progresivamente ubicándose en otros ámbitos del Derecho civil, como el Derecho de contratos de mano de la teoría objetiva del contrato¹⁰⁶. Con anterioridad, especialmente en los siglos XVI al XVIII, puede encontrarse alguna referencia a este estándar, pero no es hasta el siglo XIX cuando se hacen frecuentes las alusiones a la "reasonable diligence", "reasonable price" o la "reasonable" estimación de los daños por ruptura contractual. En el Derecho privado del common law el estándar de la razonabilidad encuentra su mayor expresión en la figura del "hombre razonable" o la "persona razonable"¹⁰⁷.

57. En nuestro ordenamiento jurídico disponemos de otros criterios parecidos, o más bien cercanos al mismo, como la buena fe, la diligencia del buen padre de familia, el abuso del derecho, la proporcionalidad, la equidad, etc., que cumplen una función similar¹⁰⁸. Sin embargo, SCHMIDT afirma que la razonabilidad no debe considerarse una regla general o un principio como son la buena fe o la libertad de contratación. Ni la conducta de las partes ni la interpretación de la ley están sujetas al estándar de la razonabilidad. La razonabilidad opera dentro de un contexto específico y esto es lo que la diferencia de la buena fe¹⁰⁹. En cambio, observamos que para ESSER "el desarrollo entero del common law en los

¹⁰³ Esta reflexión es del Prof. Mariano Alonso Pérez, en mi última conversación académica que tuve la oportunidad de compartir con él.

¹⁰⁴ J.R. LUCAS, "The philosophy of the reasonable man", *The Philosophical Quarterly*, vol 13 (1963), n. 51, p. 97-106, ubica los inicios de la razonabilidad en los filósofos griegos como Aristóteles, para justificar el estándar de lo que un hombre razonable decidiría en uno u otro caso. En cambio, APULEIO, "De Platone et ius dogmate", CreateSpace Independent Publishing Platform, Seattle, 2014, atribuye el filósofo romano Apuleio la utilización, por primera vez de la categoría conceptual de la razonabilidad.

¹⁰⁵ Suele citarse el caso *Vaughan v Menlove* (1837) como el primero en el que se usó el criterio de la razonabilidad. Vid R. POWELL, "The Unreasonableness of the reasonable man", *Current Legal Problems*, vol 10 (1957), p. 104.

La doctrina anglosajona ha ido diferenciando la persona razonable en sede de derecho de daños y en el ámbito del derecho contractual. Así, el "reasonably prudent man" de *tort law* es un personaje universal que refleja el general deber de cuidado de cada ser humano con los demás (nuestro *neminem laedere*). En cambio, la "reasonable person of contract" es una figura más específica que incorpora los rasgos de las partes que se interrelacionan en el negocio y está referida a lo que las partes realmente hacen en un espacio del tráfico jurídico concreto. TOMÁS MARTÍNEZ, *La sustitución... op cit.*, p. 68

¹⁰⁶ Algunos autores prefieren utilizar la razonabilidad unida a las cualidades de la persona: inteligencia razonable, habilidad razonable, etc. En todo caso se prescinde de la valoración subjetiva; es un estándar objetivo e impersonal aunque varía según las circunstancias, las características de las cosas que están involucradas, la magnitud del riesgo...

¹⁰⁷ S. TROIANO, "To What extent Can the Notion of "Reasonableness" Help to Harmonize European Contract Law? Problems and Prospects from a Civil Law Perspective", *European Review of Private Law*, 5-2009, p. 751. En cambio, en el Código civil es una figura desconocida. G. TOMÁS MARTÍNEZ, "La influencia internacional en la creciente presencia del estándar de la razonabilidad en el Derecho privado", en A. MURILLO VILLA, M.A. CALZADA GONZÁLEZ, S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, (coords), *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 1185, afirma que el término razonable en nuestro Código civil se usa solamente en dos ocasiones: en el art. 105 Cc, en sede de medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio ("causa razonable"), y en el art. 201 Cc en sede de incapacitación ("se prevea razonablemente"). La redacción de ambos preceptos es fruto de reformas posteriores a la promulgación del Código y en ninguno de los casos tiene el significado angloamericano.

¹⁰⁸ En todo caso, para entender el paralelismo de la razonabilidad con estándares de nuestro derecho es gráfica la reflexión de LÓPEZ LÓPEZ: "lo que en un sistema de raíces romanas se soluciona bien con arreglo a principios como la *buena fe*, en sentido objetivo, o con referencia a modelos de conducta como es el *buen padre de familia*, en derecho anglosajón lo hacen con un solo elemento de referencia, que es la *reasonableness*, lo que significa necesariamente que el resultado jurídico en la práctica es distinto" (A. LÓPEZ LÓPEZ, Comentario art. 8, en Díez-PICAZO (Dir y coord.) *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la convención de Viena*, Madrid, 1998, p. 122-125).

SCHMIDT, Art 1:1302: Reasonableness, *loc cit*, p.175, número marginal 4, menciona la equivalencia con algunos estándares del civil law, especialmente la buena fe y la fusión que realizó el legislador holandés de los conceptos de razonabilidad y buena fe introduciendo el concepto "redelijkheid en billijkheid" (art. 3:12 BW). H. BEALE, General Clauses and Specific Rules in the Principles of European Contract Law: The *Good Faith Clause*", en S. GRUNDMANN Y D. MAZEAUD (eds), *General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law EC Law and Contract Law Codification*, Kluwer Law International, La Haya, 2006, pp. 205 y 216, considera que buena fe y razonabilidad son términos intercambiables.

¹⁰⁹ SCHMIDT, Art. 1:302: Reasonableness, *loc cit*, p. 178, número marginal 9, considera que esto puede explicar que en la

tiempos modernos se ha efectuado en el sentido de la incorporación del principio de la racionalidad, tanto en la formulación de sus reglas, como en su aplicación a casos particulares... Los Principios mismos no son otra cosa que instrumentos de la razón”¹¹⁰.

58. La razonabilidad es un concepto indeterminado que es capaz de adaptarse al cambio de la sociedad o a la variabilidad de la exigencia social¹¹¹. Se configura como la “lógica de los valores”, por lo que resulta difícil definirla, es muy flexible y repleta de ductilidad¹¹². Es un elemento de referencia a la hora de interpretar y aplicar normas jurídicas relativas a los contratos y por extensión a todas las obligaciones¹¹³. Se ha dicho que es “el elemento arquitectónico del entero sistema jurídico”¹¹⁴, “un principio general implícito” del ordenamiento jurídico¹¹⁵. Es una máxima que obliga a obrar de manera arreglada, en concordancia con los principios del sentido común y con los juicios de valor generalmente aceptados¹¹⁶. Se trata de un parámetro para medir la conducta humana; un referente o punto de comparación que ayuda a determinar la corrección. En nuestra cultura jurídica lo medimos con la actuación del “buen padre de familia”.

Con la razonabilidad el legislador tiende a introducir un criterio de medida flexible, capaz de tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, de los múltiples intereses concurrentes y de situaciones anómalas, nuevas o marginales¹¹⁷.

La “persona razonable” representa el modelo ideal de una conducta socialmente aceptable, inspirada en el sentido común y en el equilibrio¹¹⁸. Los jueces usaban el estándar del “hombre común” (“common man”) y en la edad de la razón lo denominan ya “hombre razonable”¹¹⁹. La jurisprudencia creó una persona ficticia: “el hombre razonable con prudencia ordinaria”, un arquetipo externo, objetivo e igual en todas las personas. Se le identifica como “The man on the capham ómnibus (el hombre en el autobús de Clapham –barrio Londinense-)”¹²⁰. Es la personificación de un ideal social de comportamiento razonable, determinado por la valoración y juicio social del jurado que deberán tener en cuenta todas las circunstancias del caso pues la negligencia es dejar de hacer lo que una persona razonable hubiera hecho bajo las mismas o similares circunstancias. El hombre razonable es el hombre de la calle, el hom-

Propuesta de Reglamento CESL no se encuentre la razonabilidad en la lista de definiciones del art. 2, sino que se regula de forma aislada en el art. 5 CESL.

¹¹⁰ J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961, p. 287. Actualmente, R. SCHULZE, en H. SCHULTE-NÖLKE, F. ZOLL, N. JANSEN, Y R. SCHULZE, (edit), *Der Entwurf für ein optionales europäische Kaufrecht*, 2012, al comentar el art. 5.2, considera que el CESL debe ser todo interpretado a la luz de la razonabilidad, dándole a este estándar una mayor relevancia.

¹¹¹ S. ZAGREBELSKY, “Introduzione”, en ALEXANDER, R., *Concetto e validità del diritto* (traducción italiana de F. Fiore), Einaudi, Torino, 1997, p. XIII.

¹¹² BALDASSARRE, “Fonti normative, legalità e legittimità: l’unità della ragionevolezza”, *Queste Istituzioni*, n. 87/88, 1991, p. 60-64

¹¹³ TOMÁS MARTÍNEZ, “La influencia internacional...”, *op cit*, p. 1183. Se ha afirmado que la razonabilidad viene a ser una fórmula útil de equidad en el periodo de negociación de un contrato para obtener el equilibrio entre los intereses opuestos cuando las partes adoptan posiciones demasiado encontradas. N. LIDIA NICOLAU, “El principio de razonabilidad en el Derecho privado”, *RDP*, 2010, p. 11.

¹¹⁴ D’ANDREA, “Ragionevolezza e legittimazione del sistema”, Giuffrè, Milano, 2005.

¹¹⁵ A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 34.

¹¹⁶ P. LÓPEZ DÍAZ, “La confianza razonable y su relevancia como criterio fundante de la tutela de ciertas anomalías o desconformidades acaecidas durante el iter contractual: una aproximación desde la doctrina y jurisprudencia chilena”, *Revista de Derecho privado*, U Externado de Colombia, n. 36, enero-junio 2019, pp. 127-168. A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Y C.I. JARAMILLO JARAMILLO, *El criterio de la razonabilidad en el Derecho privado. El estándar de la persona razonable y su aplicación en las decisiones judiciales*, Grupo editorial Ibáñez. Bogotá, 2020, p. 40.

¹¹⁷ PERLINGIERI, *Aspectos aplicativos de la razonabilidad...*, *op cit.*, p. 34.

¹¹⁸ TROLANO, “To What...”, *op cit*, p. 751.

¹¹⁹ Interesante es el estudio de F. BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, p. 91, del modelo de conducta “homines” defendido por Bartolo inspirándose en Pedro de Bellapertica. Afirma que el grado mínimo de diligencia-conducta es el correspondiente al modo común de comportarse los hombres, es un comportamiento estadístico. Es un comportamiento habitual de la gente (p. 93).

¹²⁰ A. RIPSTEIN, A., “Reasonable Persons in Private Law”, en G. BONGIOVANNI et al., *Reasonable and Law*, Springer, 2009, p. 255; POWELL “The Unreasonableness...”, *op. cit.*, p. 107 ss., “the man who takes the magazines at home and in the evening pushes the lawn mower in his shirt sleeves”.

bre medio, normal, usual, predecible, razonablemente educado e inteligente, que personifica el estándar de cuidado necesario¹²¹.

La razonabilidad supone un equilibrio en las cosas y conductas. Sin embargo, la consideración de lo que sea razonable o no dependerá siempre de lo que el operador jurídico entienda por ordinario o normal conforme a su tradición y ordenamiento jurídico.

59. Para ir concluyendo cabe advertir que la recepción de la razonabilidad en nuestro ordenamiento tiene el riesgo, incluso el peligro, de generar el ostracismo de modelos de conducta esencialmente continentales como los que se han ido apuntando: la diligencia del buen padre de familia, la equidad, la buena fe, etc.¹²². Además, el problema es que el término “razonabilidad” tiene muchos matices, es decir, se usa en muy diversos contextos adquiriendo distintos significados. Así, observamos que se configura como un principio de equidad, justicia o adecuación en diversos parámetros como el tiempo, plazo, precio, gasto, información. O supone ponderación, sentido común, probabilidad, diligencia, etc. Todos estos significados dificultan poder trazar una frontera entre la razonabilidad, la buena fe, la diligencia, la proporcionalidad, la honestidad o equidad¹²³.

60. Reconduciendo lo expuesto a nuestro tema, observamos que las expectativas razonables del consumidor son lo que espera el consumidor medio, estándar, equilibrado y con sentido común, por tener todas las cualidades que demandamos a un buen ciudadano/consumidor¹²⁴. Y así configurado, advertimos que la razonabilidad tiene ya implícita la objetividad y una carga considerable de la misma.

2. El estándar de la razonabilidad en el derecho uniforme europeo

61. Cuando analizábamos los criterios objetivos de la conformidad, fuimos apuntando algunas referencias a la razonabilidad en el Derecho uniforme europeo. Ahora pretendemos exponer el modo en que el estándar de la razonabilidad fue incorporándose en el Derecho europeo.

62. La razonabilidad entró en nuestra cultura, al igual que el principio de conformidad, especialmente, a través de la CISG y la implantación de las directivas comunitarias. Con anterioridad, ya los principios de UNIDROIT de los contratos comerciales internacionales de 1994 se referían a la razonabilidad en numerosas disposiciones, siguiendo el mismo camino las posteriores ediciones de los mismos. Así, en su edición de 2010, por ejemplo, el art. 4 relativo a la intención de las partes, afirma: *(1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. (2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes*¹²⁵.

¹²¹ TOMÁS MARTÍNEZ, “La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”: reforma en Francia y valoración de su alcance”, *Revista de Derecho civil*, vol. II, núm. 1, 2015, p. 67 y 71.

¹²² POWELL, “The Unreasonableness...”, *op cit*, pp. 104-107, señala que, desde una perspectiva histórica, la razonabilidad es un estándar reciente comparado con el principio de buena fe. Fueron la Revolución Francesa e industrial con las que empezó “the age of the common man”.

¹²³ S. ZORZETTO, “Reasonableness”, *Italian Law Journal*, 2015 vol 1, n. 1, p. 107.

¹²⁴ Aconsejable, si quieren entretenerse, leer a A.P. HERBERT, *¿Es ilegal el matrimonio? Y otras cuestiones singulares*, Pàmies, Madrid, 2007, traducción que se ha realizado de su obra *Uncommon Law*. Recoge en sesenta y seis artículos reflexiones (en broma y en serio) sobre conflictos legales imaginarios que aparecieron en una conocida revista satírica inglesa (Punch) a partir de 1924. Uno de dichos artículos se dedica a “El hombre razonable” al que denomina *figura mítica* (p. 23) y que define con ingenio, ironía y sátira, advirtiendo que “tiene todas las virtudes, excepto la capacidad de ganarse el afecto de los demás seres humanos (...). Este excelente pero odioso carácter se sitúa como un monumento en nuestros tribunales de justicia, apelando en vano a sus conciudadanos para que ordenen sus vidas siguiendo su ejemplo”, recordándonos lo “desagradable que necesariamente tiene que resultar este hombre para un ciudadano normal si lo piensa en privado” (pp.24-25).

¹²⁵ En el comentario al mismo se afirma que “El criterio para determinar qué debe entenderse por “razonabilidad” no es general y abstracto, sino que se refiere al entendimiento que cabe esperar de una persona, por ejemplo, con los mismos conocimientos de idioma, experiencia técnica o en los negocios que la de las partes en el contrato”. Puede consultarse también, respecto a ediciones anteriores, J. BONELL, “UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International

El recurso a la razonabilidad en la CISG deja de ser frecuente y deviene un uso “sistemático”, como uno de los pilares de toda la materia de la convención. El texto no define qué se entiende por el criterio de razonabilidad ni lo considera de forma explícita como un principio, aunque la doctrina que ha comentado la CISG sí se ha encargado de destacar su carácter de principio fundamental¹²⁶.

63. Con posterioridad a la CISG el criterio de la razonabilidad se aceptó clamorosamente por el Derecho europeo¹²⁷: desde las Directivas, pasando por los Principles of European Contract Law, los Principles of European Law (PEL, del Study Grup), los Acquis Principles, el Marco Común de Referencia (DCFR), sin olvidar la CESL. EIDENMÜLLER, ante esta invasión, nos advierte irónicamente que la razonabilidad parece resolver todos los problemas¹²⁸.

64. En este sentido, los PECL se refieren a un modelo ideal de persona razonable o a un atributo, por ejemplo, de un plazo, de una medida de diligencia, de una decisión, previsión, etc. Se atrevieron incluso a definir el concepto de razonabilidad en el art. 1:302: “*Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera*”. Los PECL parten de la idea de que lo razonable debe de juzgarse a la luz de la buena fe. Se introduce la buena fe junto con la razonabilidad. Se regulan también factores de concreción de la razonabilidad: naturaleza, objeto del contrato, circunstancias del caso, usos y prácticas del comercio. Observamos que lo que pretenden los PECL con esta referencia a la buena fe es conciliar la tradición anglosajona y romano-germánica¹²⁹.

65. Por supuesto, siguen la misma estela los PEL y los Acquis Principles, con su espíritu de recopilar conceptos elásticos y generales. Curiosamente se vincula la razonabilidad con lo “apropiado”¹³⁰. Respecto a los principios del Acquis Group (ACQP), también se alude a la buena fe tanto en las relaciones precontractuales como en las contractuales. Así, el art. 2:101 se señala que “*En las relaciones precontractuales, las partes deben actuar de buena fe*” (en idéntico sentido en el art. 7:101 en sede de cumplimiento contractual). Y en el art 2:102, referente a las expectativas legítimas, acude a la razonabilidad: “*En las relaciones precontractuales, el profesional debe actuar con los especiales conocimientos técnicos y el cuidado que razonablemente quepa esperar y, en particular, según las legítimas expectativas de los consumidores*” (en idéntico sentido en el art. 7:102 en sede de cumplimiento contractual)¹³¹.

Commercial Contracts Adopted by the International Institute for the Unification of Private Law”, *Uniform Law Review*, n. 9, 2004, pp. 6 ss.

Curiosamente, el art. 4.8 de los principios UNIDROIT, que contempla la “razonabilidad” entre los elementos de integración del contrato la distingue de forma clara de “la buena fe”, aunque en vez de la “razonabilidad” (término que se usa en la versión inglesa) se ha preferido traducir por “sentido común”. El artículo establece: “(1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias. (2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: (a) la intención de las partes; (b) la naturaleza y finalidad del contrato; (c) la buena fe y la lealtad negocial; (d) el sentido común”.

¹²⁶ F. FORTIER, “Le contrat du commerce international à l’aune du raisonnable”, *Journal du droit international*, 1996, p. 316.; o J.O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under 1980 UN Convention*, Amsterdam 4ª ed, Wolters Kluwer, 2009, p. 107.1; SCHWENZER Y MUÑOZ (Dir), SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario sobre la convención de las Naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 384-385.

¹²⁷ Así lo considera SCHMIDT, Art 1:1302: Reasonableness, ... *loc cit.*, p. 173, número marginal 1, que la califica como “The all-pervasive concept of reasonableness”, especialmente a partir de la CISG, y se pregunta si los legisladores fueron realmente bien asesorados al elegir el concepto de razonabilidad como herramienta favorita para aportar soluciones flexibles.

¹²⁸ H. EIDENMÜLLER, “Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht: Wertungsfrage und Kodifikationsprobleme”, *JZ*, 2008, 529 y 536.

¹²⁹ En el comentario al art. I-1:104 Draft Common Frame of Reference, Full Edition, vol. 1, p. 9, se lamenta la mezcla de la buena fe con la razonabilidad por ser conceptos distintos.

¹³⁰ TROIANO, “To What...”, *op cit.*, p. 757.

¹³¹ La traducción se ha tomado de ARROYO AMAYUELAS, “Los principios de Derecho contractual comunitario”, *ADC*, 2008-1,

66. El Marco Común de referencia (DFCR) en su versión de 2008 también recoge (y mucho) el criterio de razonabilidad. Introduce una definición de lo razonable en el Anexo: “*Lo “razonable” se determinará de forma objetiva, teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas pertinentes*” (haciendo una remisión al art. 1:104¹³²). Observamos que se aleja del concepto de los PECL, pues ahora se pretende ir más allá de las situaciones contractuales y lo relevante es que se huye de la buena fe por considerar que no es deseable mezclar la buena fe con la razonabilidad¹³³, defendiendo un criterio objetivo de razonabilidad (esto lo acerca mucho a la razonabilidad anglosajona). En este sentido, en su comentario se advierte que hay situaciones que pueden ser contrarias a la buena fe pero razonables. Y otras situaciones pueden no ser razonables, sin embargo, no ser contrarias a la buena fe.

67. El art. 4 Feasibility Study (FS), mantuvo la definición del art. 1:104 DCFR, pero añadió un segundo apartado según el cual “*Cualquier referencia a lo que se puede esperar de una persona, o en una situación particular, es una referencia a lo que razonablemente se puede esperar*”. Se optó por la técnica de regular una cláusula general. En este caso resulta útil por estar ante un concepto desconocido en el civil law.

68. En cuanto a la CESL, el art. 5 del anexo de la CESL alude a la “condición de razonable”, sin definir la razonabilidad, pero sí estableciendo pautas de interpretación: “*1. Aquello que es “razonable” deberá ser objetivamente determinable teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las actividades comerciales o profesiones de que se trate. 2. Cualquier referencia a lo que se pueda esperar de una persona o una persona pueda esperar, o a lo que pueda esperarse en una situación concreta, se entenderá hecha a lo que puede razonablemente esperarse*”¹³⁴. Es una disposición muy similar a la del DCFR (I.1:104), con la diferencia de añadir “*to the trades and professions involved*”¹³⁵. En la CESL, observamos que se sigue el criterio del DCFR, pues la referencia a la buena fe, a la que se aludía en los PECL, también se suprime de la definición de lo razonable¹³⁶.

Pero, curiosamente, se recupera de nuevo la relación razonabilidad/buena fe, en la enmienda 37 a la propuesta de reglamento presentada en febrero de 2014 al CESL, esta vez al definir la buena fe contractual en el nuevo art. 2 f (sexies): “*buena fe contractual*”: *una norma de conducta caracterizada por la honradez, la franqueza y la consideración razonable, en tanto en cuanto pueda resultar conveniente, de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión*”.

p.223. La autora ha sido prudente y buena conocedora del estándar de la razonabilidad, pues no ha abusado de su uso desmesurado en la traducción.

¹³² I. – 1:104: Reasonableness. Reasonableness is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices.

La versión original de la definición *Reasonable* en el Anexo es la siguiente: *What is “reasonable” is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices.* (I.- 1:104).

¹³³ SCHMIDT, Art 1:1302: Reasonableness, *loc cit*, p. 176, número marginal 6, considera preferible la opción del DCFR.

¹³⁴ Article 5. Reasonableness

1. Reasonableness is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of the contract, to the circumstances of the case and to the usages and practices of the trades or professions involved.

2. Any reference to what can be expected of or by a person, or in a particular situation, is a reference to what can reasonably be expected.

¹³⁵ También se alude a la persona razonable en el art. 58 en sede de interpretación del contrato: “1. Los contratos se interpretarán conforme a la intención común de las partes, incluso cuando dicha interpretación no coincida con el significado habitual de las expresiones utilizadas en el mismo. 2. Si una parte quiso dar un sentido determinado a una expresión utilizada en el contrato y en el momento de la celebración del acuerdo la otra parte conocía o puede esperarse que conociera esa intención, el contrato deberá interpretarse en el sentido dado por la primera. 3. Salvo disposición en contrario de los apartados 1 y 2, el contrato se interpretará en la forma en que lo haría una persona razonable.”

Como se ha visto, el DCFR que ve la luz en 2008, aparte de usar y abusar de la noción de la razonabilidad (más de 500 veces), recoge una definición de “*reasonable*” en el Anexo, en la cual se ha desvanecido por completo la buena fe. Por el contrario, se incorpora la idea de que la razonabilidad debe ser apreciada objetivamente.

¹³⁶ En todo caso, pese a las diferencias, tanto los PECL, DCFR, FS y CESL, tienen un punto en común: la referencia a la naturaleza y el propósito del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas pertinentes.

69. Como no podía ser de otra manera, la Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes¹³⁷, en su considerando 18 alude a la razonabilidad siguiendo la CESL, es decir, sin hacer mención alguna a la buena fe. Señala que “*el criterio de razonabilidad debe ser objetivamente determinable teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas. En particular, el momento razonable para proceder a la reparación o sustitución debe ser objetivamente determinable, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y la falta de conformidad*”.

70. Las Directivas de 2019 también se han hecho eco del principio de razonabilidad en el mismo sentido que las propuestas de 2015, especialmente en los considerandos 24 Dir. 771 y 46 Dir. 770, como veremos en próximos apartados.

71. Respecto a los principios latinoamericanos de Derecho de contratos, se advierte que se evitó “el recurso a lo razonable y se prefirió evocar la buena fe, principio rector del derecho de los contratos, algo inasible pero que debe domarse con la aplicación concreta en los derechos locales a través de las decisiones judiciales o arbitrales”¹³⁸. Pero este rechazo no es absoluto, pues hay innumerables referencias a la razonabilidad: art. 28 referido al error que permite anular el contrato; art. 84, que regula el cambio de circunstancias que autorizan finalizar el contrato, art. 87 sobre los caracteres del incumplimiento esencial, art. 92 sobre el plazo para denunciar los defectos, art. 93 sobre el plazo de subsanación, etc.¹³⁹

3. Los elementos de evaluación de las expectativas del consumidor

72. Analizado el estándar de la razonabilidad debemos asomarnos a la actualidad y centrarnos en el encaje que se le ha dado dentro de los criterios objetivos de conformidad. Sabemos de dónde procede, lo que ha significado desde sus orígenes y cómo ha penetrado en el Derecho uniforme europeo. Ahora debemos analizar la interpretación moderna que se le da al concepto y observamos que para configurar las expectativas razonables del consumidor la normativa establece unos elementos de evaluación (*assessment elements*). Es decir, para determinar lo que es razonable, deberán tenerse en cuenta estos elementos.

73. Desde una perspectiva distante, las expectativas de los consumidores respecto a la calidad, satisfacción y valor económico de los bienes que adquieren se generan y conforman a partir de un complejo conjunto de realidades: el nivel económico y el desarrollo de un país, la confianza en los controles de los poderes públicos, el prestigio social de la marca, el marketing, la publicidad, etc.¹⁴⁰ Sin embargo, el legislador se centra en unos elementos determinados que son los que expondremos a continuación. Estos elementos o factores de evaluación contribuyen a que cuando el consumidor medio adquiere un bien tenga la confianza de que este producto sirve para conseguir determinados fines, tiene una calidad determinada y posee unas características concretas.

74. Cuando intentamos analizar las expectativas razonables del consumidor en nuestro ordenamiento jurídico, tropezamos con una serie de dificultades:

¹³⁷ La Propuesta de directiva de 2015 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, no tiene un considerando equivalente al 18.

Para un buen análisis de dicha Propuesta puede consultarse ARROYO AMAYUELAS, “La propuesta de Directiva...”, *loc cit*.

¹³⁸ I. DE LA MAZA, C. PIZARRO, A. VIDAL (coords), *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Texto, presentación y contenidos fundamentales*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario sobre la convención de las Naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Cizur menor, 20112017, p. 17.

¹³⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Y JARAMILLO JARAMILLO, *El criterio de la razonabilidad ...*, *op cit*, p. 70.

¹⁴⁰ COLLADO-RODRÍGUEZ, Y PEÑA LÓPEZ, “La protección del consumidor...”, *loc cit*, p. 853.

- Es una fórmula relativamente nueva en nuestra cultura jurídica.
- Estamos ante una fórmula indeterminada y es casi imposible proponer un criterio general de interpretación que prescinda de la apreciación de las circunstancias de cada caso en concreto¹⁴¹.
- En el TRLGDCU y en CCCat no hay una disposición o definición que haga referencia a lo que debe entenderse por expectativas razonables del consumidor, como sí existe en los considerandos 24 Dir 771 y 46 Dir 770. Normalmente las disposiciones relativas a la razonabilidad se ubican en capítulos introductorios y así se garantiza que el concepto se aplica a todo el texto¹⁴². En la lista de definiciones del art. 59 bis TRLGDCU, se han añadido conceptos nuevos tras la reforma de 2021, pero entre ellos no está la razonabilidad. Si se me permite el símil, se ha importado un producto sin las instrucciones. Lo cierto es que hubiera sido oportuno incorporar una definición u orientación interpretativa.
- Tiene un ámbito de actuación limitado, pues se ubica dentro del Derecho de consumo, aunque en Cataluña tiene un ámbito más amplio al extenderse a otros modelos de compraventa.
- Como se verá, no existen unos elementos de evaluación coordinados: están dispersos en los propios conceptos o en los considerandos de las Directivas de 2019.

75. Cuando la razonabilidad la vinculamos con las expectativas ya nos indica que estas expectativas deben ser prudentes, objetivas, definidas por el sentido común (como las tendría una persona razonable). Ahora es preciso analizar cuáles son los factores decisivos que sirven para configurar la razonabilidad de las expectativas. Para ello hay que buscar la ayuda adicional que nos aporta la normativa con el establecimiento de unos elementos o factores de evaluación (*assessment elements*). La finalidad de estos elementos no es otra que definir o perfilar la razonabilidad.

76. En el art. 115 ter TRLGDCU y en el art. 621-20 CCCat, se recogen dichos elementos de evaluación, aunque de forma dispersa.

Por una parte el art. 115 ter.d) TRLGDCU y el art. 621-20.2.b) CCCat, para configurar estas expectativas razonables del consumidor manifiesta que habrá que tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes y de los contenidos y servicios digitales, y también las declaraciones públicas. En concreto, alude a lo que el consumidor y usuario pueda razonablemente esperar “*dada la naturaleza*” de los bienes y contenidos y servicios digitales y las declaraciones públicas.

Por otra parte, en el caso de contratos de compraventa de bienes con elementos digitales o de suministro de contenidos o servicios digitales, el art. 115.ter.2.a) TRLGDCU señala que las actualizaciones se otorgaran durante el periodo que el consumidor y usuario pueda razonablemente esperar “*habida cuenta del tipo y la finalidad de los bienes con elementos digitales o de los contenidos o servicios digitales, y teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del contrato*”, en los supuestos en los que el contrato establezca un único acto de suministro (en sentido similar art. 621-20.6.a) CCCat). En concreto, se toma en consideración lo que el consumidor y usuario pueda razonablemente esperar “*habida cuenta*” del tipo y la finalidad de los bienes con elementos digitales o de los contenidos y servicios digitales, y teniendo en cuenta las circunstancias y naturaleza del contrato.

77. Estos elementos de evaluación, debemos complementarlos con los mencionados en los considerandos 46 Dir 770 y el considerando 24 Dir. 771: la naturaleza y la finalidad de los contenidos o servicios digitales o del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas.

78. En conclusión, la normativa aporta una serie de elementos que deberá evaluar el consumidor para formar una expectativa de forma razonable. La utilidad de estos elementos se incrementa cuando se lanza un bien o contenido o servicio digital nuevo en el mercado y el consumidor no tiene expectativas formadas (pensemos en el desarrollo tecnológico). Estos elementos ayudarán a crear las expectativas *ex novo*.

¹⁴¹ En sentido similar, CASTILLA BAREA, *La nueva regulación...*, *op cit.*, p. 130.

¹⁴² SCHMIDT, Art 1:1302: Reasonableness, *loc cit*, p.178, número marginal 9.

79. Podemos preguntarnos si pueden existir otros criterios de evaluación de las expectativas del consumidor y usuario, a parte de los mencionados expresamente, como pueden ser las manifestaciones no públicas del vendedor, las percepciones dominantes en el tráfico, las experiencias previas del consumidor, la información buscada por el propio consumidor antes de adquirir el bien, el precio, etc. Creo que también podrían tenerse presentes, pero siempre que construyan una expectativa *razonable*¹⁴³. Hay consumidores que antes de adquirir un bien se informan sobre el mismo, hacen un estudio comparativo con otros productos similares, leen opiniones de otros consumidores (que han de saber interpretar), etc., y esto genera expectativas. Pero estas expectativas deben estar estandarizadas, configuradas a través de un consumidor medio.

80. Cabe también plantearse la duda de si es posible que el consumidor y usuario carezca de expectativas. Creo que es difícil que suceda. Podrán ser más frágiles o escasas (pensemos en productos nuevos), pero expectativas, desde el momento que el consumidor adquiere el bien o contenido o servicio digital, existirán, pues el consumidor siempre tendrá la posibilidad de analizar la naturaleza del bien, las declaraciones públicas, compararlo con otros del mismo tipo, etc.

81. En todo caso, es preciso recordar que las expectativas razonables del consumidor son flexibles, pues pueden ser corregidas, pero en dicho caso habrá que estar al art. 115 ter.5 TRLGDCU y 621-20.4 CCCat.

82. Veamos cada uno de los elementos de evaluación recogidos en la normativa. O dicho de otro modo, veamos cuáles son, especialmente, los factores decisivos que sirven para establecer dichas expectativas como razonables. Siguiendo a STAUDENMAYER, nos centraremos, especialmente, en las tres ocasiones o en los tres supuestos en que se hace referencia a las expectativas razonables del consumidor en sede de los criterios objetivos de conformidad:

A) Primer supuesto. Las expectativas razonables del consumidor *dada la naturaleza del bien y declaraciones públicas* (Art. 115 ter.1.d) y art. 621-20.2.b) CCCat)

83. Estamos ante un supuesto complejo, especialmente por la mala redacción del mismo convirtiéndolo en un atropello a la razón¹⁴⁴. La cantidad, calidad y características que los bienes y contenidos y servicios digitales deben ser los que “presentan normalmente los bienes y contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los mismos y teniendo en cuenta cualquier declaración pública”. Ya vimos que ambos criterios (“... presentan normalmente los bienes y contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar”), son cumulativos.

Los elementos de evaluación que describe (la naturaleza del bien o contenido o servicio digital y la declaración pública), se aplican a los dos criterios. Este reforzamiento exagerado de la objetividad puede explicarse por el temor de no dejar entrar las percepciones personales del consumidor, que no tienen por qué ser irrazonables.

84. En este apartado se mezclan criterios de forma torpe y poco clara, generando dependencia de unos criterios con otros, con el problema de caer en la redundancia. Las cualidades y características de-

¹⁴³ En sentido similar GÓMEZ POMAR, Comentario al art. 621-20 CCCat, *loc cit*, p. 253.

¹⁴⁴ Se ha criticado todo el apartado en sí, pues se trata de un criterio redundante con el de la aptitud “para los fines a los que normalmente se destinan bienes o contenidos digitales del mismo tipo” (art. 115 ter.1.a TRLGDCU), pues lo que define a estos fines es que la aptitud para tal fin puede razonablemente esperarse por el consumidor y usuario, aunque pueden existir rasgos de calidad o de características que no tengan que ver ni afecten a los fines ordinarios, en cuyo caso no se aplicaría el art. 115 ter.1.a) TRLGDCU. CARRASCO PEREA, *Derecho de contratos*, *op. cit*, p. 983, nota marginal 18/43. Añade que “este estándar se solapa en parte con el art. 61.2 TRLGDCU que impone que las prestaciones propias de cada bien serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato”.

ben ser las que “presentan normalmente los bienes y contenidos o servicios digitales del mismo tipo”¹⁴⁵, por lo que las expectativas, además de la necesidad de ser razonables, se canalizan hacia la objetividad al tener que vincularse con lo que es *normal* en objetos del mismo tipo¹⁴⁶. Si es así, difícilmente se podrá considerar una expectativa irrazonable. Hubiera sido preferible no ceñir la expectativa del consumidor al campo de la “normalidad” en las características de los bienes o contenidos y servicios digitales, y si lo que se pretendía era poner algún límite a posibles expectativas subjetivas hubiera sido suficiente exigir explícitamente el carácter razonable de la expectativa¹⁴⁷.

a) Las expectativas razonables del consumidor y usuario que derivan de la naturaleza del bien y del contenido o servicio digital

85. Según este elemento de evaluación, saber si las características de los bienes o contenidos y servicios digitales pueden ser esperadas razonablemente por el consumidor dependerá de la naturaleza del objeto del contrato. No obstante, como pone de manifiesto STAUDENMAYER, aunque es difícil describirlo de forma general, cubre, como mínimo, aquellas características necesarias para que el consumidor acceda y use el contenido o servicio digital de acuerdo con su finalidad¹⁴⁸.

86. La naturaleza del bien y su adscripción a un conjunto de bienes por sus funciones y prestaciones, serán de gran importancia para poder precisar el patrón de normalidad que ha de servir de referencia para enjuiciar la conformidad¹⁴⁹.

87. Si estamos ante bienes de segunda mano, su propia naturaleza me advierte que no los puedo comparar con bienes nuevos, son otra categoría o tipo de bienes. Las expectativas razonables de un consumidor ante las características de un vehículo de una determinada antigüedad y con un kilometraje considerable no serán las mismas que se tengan con las características de coche nuevo. Como señala la SAP Málaga 31 mayo 2022 (Roj: SAP MA 1382/2022 - ECLI:ES:APMA:2022:1382): “Para determinar el uso normal del bien, la calidad y prestaciones habituales, debe tenerse en cuenta la naturaleza del mismo, resultando evidente que un bien usado tiene una “naturaleza” distinta a un bien nuevo. Ha de estarse, por tanto, a esa naturaleza de bien usado, pues éste tiene un rendimiento y vida útil menor que uno nuevo, pudiendo presentar defectos o taras que forman parte de su naturaleza de bien usado y que por tanto son esperables y no constituyen faltas de conformidad”¹⁵⁰.

88. Lo mismo sucede con los contenidos y servicios digitales en versión beta. Se trata de una versión de un software en el que pueden usarse sus funciones principales, pero aún no está finalizado (se caracterizan por tener distintas etapas de desarrollo) y su objetivo es que los defectos salgan a la luz, pues se desconocen. Lo prueban los consumidores y realizan un feedback con el productor. La propia naturaleza de las versiones beta influyen en las expectativas de los consumidores respecto a la calidad y

¹⁴⁵ Pertenecer al “mismo tipo” exige una fungibilidad del bien o pertenencia a un género, pero no excluye a los bienes específicos y no fungibles, pues también en estos se puede hablar de características habituales o normales de los bienes del tipo al que pertenece el bien vendido. Por ejemplo, bienes de segunda mano, no son genéricos, pero no impide que se puedan adscribir a un tipo de bien. GÓMEZ POMAR, Comentario al art. 621-20 CCCat, *loc cit.*, p. 251.

¹⁴⁶ STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 Dir 770, *loc cit.*, p. 139, número marginal 36. Nos advierte que el legislador no solamente se apoya en un término legal abstracto como son “las expectativas razonables del consumidor”, que en sí mismo ya está objetivado a través del adjetivo *razonable*, sino que enmarca este criterio agregando otro criterio claramente objetivo: lo que es normal en bienes y contenidos servicios digitales del mismo tipo.

¹⁴⁷ GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit.*, p. 252. Vid nota 41.

¹⁴⁸ STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 Dir. 770, p. 144, número marginal 58.

¹⁴⁹ GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit.*, p. 251.

¹⁵⁰ En sentido similar la SAP Navarra 25 enero 2021 (Roj: SAP NA 29/2021 - ECLI:ES:APNA:2021:29): “el vendedor de un vehículo de ocasión no responde de los desperfectos de las piezas que sean consecuencia del previo uso normal del bien vendido, la calidad y prestaciones que cabe esperar de un bien del “mismo tipo”, habida cuenta de la “naturaleza del producto”, la calidad y prestaciones de un bien “equiparable”, esto es, en materia de vehículos de segunda mano, la calidad y prestaciones de un vehículo de similar antigüedad y equiparable kilometraje o intensidad de uso”.

características en comparación con bienes nuevos o de segunda mano. Por ello no es necesario acudir al art. 115 ter.5 TRLGDCU o 621-20.4 CCCat.

89. En todo caso se trata de un elemento de evaluación excesivo y superfluo, pues el precepto ya exige que las expectativas deben ser razonables. ¿Qué valor adicional me otorga la naturaleza del bien cuando mis expectativas deben ser ya de por sí razonables y por tanto objetivas? Pensemos, además, que estas expectativas razonables ya han tenido en cuenta las características normales de bienes y contenidos y servicios digitales del mismo tipo.

b) Las expectativas razonables del consumidor que derivan de las declaraciones públicas

90. La declaración pública¹⁵¹ efectuada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas en la cadena de transacciones, incluido el productor, *especialmente* en la publicidad y el etiquetado (no las únicas), es otro de los elementos de evaluación de las expectativas razonables del consumidor¹⁵². Además, con lo habitual que está siendo actualmente usar datos personales vinculados a un consumidor para dirigir la publicidad a individuos particulares, se ha fortalecido aún más el papel que la publicidad puede desempeñar en la formación de expectativas razonables de los consumidores¹⁵³.

91. En la actual normativa, la relevancia de las declaraciones públicas en las expectativas razonables del consumidor sigue la tendencia general de la legislación europea en materia de información al consumidor según la cual las obligaciones precontractuales son contenido del contrato¹⁵⁴. La información precontractual *realizada en la declaración pública* pasa a formar parte del contrato, prácticamente sin posibilidad de desviarse individualmente de dicha información. Y si el bien o contenido y servicio digital es distinto a lo que podría esperar el consumidor razonablemente atendiendo a las declaraciones públicas, es preciso que el consumidor sea específicamente informado y acepte de forma expresa y separada la ausencia de una determinada característica o propiedad que origina la falta de conformidad¹⁵⁵.

92. Suele ser habitual que el consumidor compre, por ejemplo, un vehículo, movido por la marca a la que pertenece. En estos casos elige muy influenciado por las declaraciones públicas sobre el vehículo y las expectativas que le genera la marca. Dada la confianza de los consumidores en tales declaraciones se consideró importante incluirlo en la evaluación de la conformidad con el contrato.

93. Las declaraciones públicas vinculantes son las referentes a la cantidad, calidad y características que presentan normalmente los bienes o contenidos y servicios digitales, no las persuasivas¹⁵⁶. Solo la publicidad informativa genera expectativas razonables¹⁵⁷. Las declaraciones públicas se integran en el propio contrato solo en lo que se refiere a dichas características y serán vinculantes si generan razonablemente en el consumidor y usuario unas expectativas de que el bien ha de reunir esas características.

¹⁵¹ Por declaración pública se entiende la manifestación vertida al exterior por cualquier vía y dirigida a una generalidad indeterminada de destinatarios (COLLADO-RODRÍGUEZ Y PEÑA LÓPEZ, “La protección del consumidor...”, *loc cit.*, p. 876). Se incluye la información del etiquetado.

Según MARÍN LÓPEZ, “La Directiva 2019/771/UE...”, *loc cit.*, p. 9, hubiese sido oportuno que la Dir. 771 hubiera tratado las declaraciones públicas como un criterio distinto, regulado al margen de la letra d), pues si el bien ha de adecuarse a las características declaradas públicamente, estas se convierten en un criterio de conformidad.

¹⁵² SÁNCHEZ LERÍA, “Mercado Digital...”, *loc cit.*, pp. 56-57

¹⁵³ TWIGG-FLESNER, “Conformity of Goods...”, *loc cit.*, p. 66.

¹⁵⁴ Un buen estudio de ello en GSELL, “Conformidad...”, *loc cit.*, p. 6.

¹⁵⁵ GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit.*, p. 280; GSELL, “Conformidad...”, *loc cit.*, pp. 6 y 7.

¹⁵⁶ STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 Dir. 770, p. 134, número marginal 6; CARRASCO PEREA, *Derecho de contratos, op. cit.*, p. 984, nota marginal 18/44 y nota 119, añade que las declaraciones no deben referirse a aspectos como el precio, condiciones de pago, etc., aunque tales declaraciones pueden resultar obligatorias a otros efectos por aplicación del art. 61.2 TRLGDCU”.

¹⁵⁷ CASTILLA BAREA, *La nueva regulación...*, *op. cit.*, p. 128, 130 y 135-136. A.M. MORALES MORENO, “Declaraciones públicas y vinculación contractual (Reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)”, *ADC*, vol. 52, 1999-1, p. 274.

Por tanto, las declaraciones públicas junto con la naturaleza de los bienes o contenidos y servicios digitales configuran las expectativas del consumidor y las objetivizan.

94. Ya nos planteamos la duda del lanzamiento de productos mejorados en el mercado. En estos casos, lo que es necesario es que la declaración pública deje constancia de forma clara y transparente de las diferencias entre el nuevo producto y su versión anterior, pues mis expectativas estaban construidas respecto a estos productos anteriores. Como nos señala GSELL, no son del mismo tipo unos auriculares antiguos y unos inalámbricos¹⁵⁸. Si en la declaración pública o en el etiquetado se distinguen ya no hay ninguna desviación de los requisitos objetivos de calidad (no es necesario el consentimiento expreso y por separado), pues no estamos ante el mismo tipo de bien. Lo importante es saber si son del mismo tipo y para ello las declaraciones públicas son fundamentales. Si no son del mismo tipo no hay que acudir al 115 ter 5 TRLGDCU y 621-20.4 CCCat.

Respecto a los bienes de segunda mano, existe una expectativa razonable de que no son como los nuevos, pero hay tantas variedades de desgaste en estos bienes, que es preciso dejarlas claras por parte del vendedor. Si en una tienda se anuncia que venden vestidos usados solo en desfiles, mis expectativas son diferentes a las que me puede generar un vestido repetidamente usado por un particular que compro en una web de productos de segunda mano. El primero no tendrá el nivel de desgaste que puede tener el segundo, y esas expectativas me las ha generado la declaración pública de venta de ropa usada *solo* en desfiles. En este caso, aunque sea un bien de segunda mano, no sería necesario acudir al 115 ter 5 TRLGDCU y 621-20.4 CCCat, pero si el vestido que voy a comprar como usado solo en el desfile, está rasgado, es decir, tiene más defectos que los que cabe razonablemente esperar, sí debería acudir a esos preceptos. Otro supuesto, el robot de cocina que ha usado previamente un restaurante o un particular; el nivel de desgaste también es distinto¹⁵⁹. Cuanto más definida y concreta sea la declaración pública menos riesgos habrá de desviarse de los criterios de conformidad.

95. Hay que recordar, finalmente, dos cuestiones. Por una parte, que el empresario no estará obligado por las declaraciones públicas si demuestra que desconocía o no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión¹⁶⁰, si prueba que la declaración fue corregida del mismo o similar modo en el que se realizó al celebrar el contrato¹⁶¹, o que esa declaración no pudo influir en la decisión de adquirir el bien o el contenido o servicio digital¹⁶² (art. 115 ter.1.d) in fine TRLGDCU y art. 621-25 CCCat).

Por otra parte, el TRLGDCU (siguiendo las directivas de 2019), no recoge entre las causas de exoneración de responsabilidad del vendedor por las declaraciones públicas, el supuesto de que el comprador conozca o pueda razonablemente conocer la incorrección, como sí hace el art. 621-25.1.a) CCCat y hacía el antiguo art. 116.3 TRLGDCU. Para justificar la exclusión de lo que el comprador conozca o podría conocer razonablemente, GÓMEZ POMAR señala que quizás se podría defender que las directivas de 2019 (y podríamos añadir el actual TRLGDCU) siguen descansando en las expectativas *razonables* del consumidor, y el conocimiento directo o imputado por la negligencia en conocer no serían

¹⁵⁸ GSELL, “Conformidad...”, *loc cit.*, p. 11.

¹⁵⁹ También nos sirve de ejemplo, la diferencia entre un coche de segunda mano procedente de alquiler sin conductor o procedente de un particular. Las expectativas que puedo tener del uso dado en un caso y otro son distintas. SAP Barcelona 28 abril 2022 (Roj: SAP B 4760/2022 - ECLI:ES:APB:2022:4760).

¹⁶⁰ Se exige una determinada diligencia por parte del vendedor, dependiendo de las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas. Se ha criticado por la doctrina, ya que no debe admitirse en algunos casos, como cuando la declaración pública provenga del propio vendedor o cuando la declaración pública se encuentre en el etiquetado. GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit.*, p. 280.

¹⁶¹ Significa que hay que dar la misma difusión que se le dio inicialmente a la declaración pública, de forma que la corrección llegará al mismo público que tenía a declaración pública inicial. La norma no exige que el consumidor que ha celebrado el contrato haya conocido la corrección. Esta última exigencia es una importante novedad de las directivas de 2019.

¹⁶² Es un criterio muy inseguro al dar relevancia a las motivaciones internas del consumidor, que en otros casos resultan totalmente indiferentes. Es el caso en que el consumidor no recibió la publicidad o no pudo acceder a la misma, no la podía entender por estar en otra lengua desconocida, etc.

conciliables con estas expectativas. La cuestión no admite una solución fácil y, por tanto, esta restricción debería de aplicarse, si es que se puede hacer, con extremada cautela en la compraventa de consumo¹⁶³.

B) Segundo supuesto. Las expectativas razonables del consumidor, habida cuenta del tipo y la finalidad de los bienes con elementos digitales o de los contenidos o servicios digitales, y las circunstancias y la naturaleza del contrato (Art- 115 ter.2.a) TRLGDCU y art. 621-20.6.a) CCCat.)

96. Los arts. 115 ter.2.a) TRLGDCU y 621-20.6.a) CCCat, al regular el tema de las amortizaciones referentes solamente a los contratos de compraventa de bienes con elementos digitales o de suministro de contenidos y servicios digitales, aluden al tiempo en que el empresario debe suministrar actualizaciones, incluidas las de seguridad. Cuando el contrato establezca un único acto de suministro o una serie de actos de suministros separados, el tiempo será “aquel que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar”. Se añaden unos elementos de evaluación: “habida cuenta del tipo y la finalidad de los bienes con elementos digitales o los de contenidos o servicios digitales, y teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del contrato” (insiste en ello el Considerando 31 Dir. 771)¹⁶⁴.

97. Respecto al tipo y finalidad de los bienes con elementos digitales o los de contenidos o servicios digitales, el considerando 47 de la Dir. 770 afirma que en el caso de contenidos o servicios digitales cuya finalidad esté limitada en el tiempo, la obligación de proporcionar actualizaciones debe limitarse a ese tiempo. Por ejemplo, no se puede esperar que una aplicación para un smartphone para un evento concreto (el mundial de fútbol, el festival de Eurovisión) se actualice después de dicho evento. En cambio, el periodo de tiempo será más amplio para una aplicación de salud que monitoriza la frecuencia cardíaca del usuario¹⁶⁵. Para otro tipo de contenidos o servicios digitales el periodo durante el cual se deben proporcionar actualizaciones al consumidor y usuario podría ser el mismo que el periodo de responsabilidad por falta de conformidad e incluso extenderse más allá de este para el caso de las actualizaciones de seguridad (Considerando 47 Dir. 770 y en sentido similar el considerando 31 Dir. 771)¹⁶⁶.

98. Otro de los elementos de evaluación de las expectativas razonables del consumidor son las circunstancias y naturaleza del contrato (no del bien). No es un elemento fácil de determinar. No se refiere a la calificación legal del contrato de los bienes con elementos digitales o de suministro de contenidos o servicios digitales, ni a si estos se suministran a cambio de dinero o de datos. Para saber lo que significa, debemos tener presente el art. 115 ter.5 TRLGDCU y el art. 621-20.4 CCCat, en los que se señala que los cambios en las características de los bienes o contenidos y servicios digitales previstas en el art. 115 ter.1 y 2 TRLGDCU o 621-20.2 CCCat, solo se pueden hacer si se informa específicamente y si el consumidor y usuario lo acepta expresamente y por separado¹⁶⁷. Por tanto, la naturaleza del contrato se puede entender teniendo en cuenta los factores relacionados con el contrato que conducen a la reducción de las características del bien o contenidos y servicios digitales, siempre que estos factores se acepten de manera expresa y por separado¹⁶⁸. Es decir, si los bienes y contenidos y servicios digitales cumplen los requisitos objetivos de conformidad, el contrato tendrá unas circunstancias y una naturaleza determinada y si no los cumple, pero son aceptados expresamente y por separado por el consumidor, el contrato tendrá otra naturaleza o finalidad.

¹⁶³ GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit*, p. 280.

¹⁶⁴ Una crítica de este apartado por su falta de precisión en el plazo, MUÑOZ RODRIGO, “Algunas cuestiones...”, *loc cit*, p.1293.

¹⁶⁵ Los ejemplos están extraídos de STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 Dir. 770, *loc cit*, p. 160, número marginal 142.

¹⁶⁶ El considerando 31 Dir 771 nos ofrece un ejemplo: “Un consumidor esperaría normalmente recibir actualizaciones al menos durante el período durante el cual el vendedor sea responsable de una falta de conformidad, mientras que en algunos casos las expectativas razonables del consumidor podrían extenderse más allá de dicho período, como podría ser el caso, en particular, en lo que respecta a las actualizaciones de seguridad. En otros casos, por ejemplo, en relación con bienes con elementos digitales con una finalidad limitada en el tiempo, la obligación del vendedor de facilitar actualizaciones normalmente estaría limitada a ese período de tiempo”.

¹⁶⁷ Estos requisitos estaban presentes en el art. 99. 3 CESL.

¹⁶⁸ STAUDENMAYER, Comentario art. 8 Dir 770, *loc cit*., p. 160, nota marginal 144.

C) Tercer supuesto. Falta de elementos evaluadores de las expectativas razonables del consumidor. La remisión a los considerandos de las Directivas de 2019 (Art. 115.ter.1.c TRLGDCU y art. 621-20.2.d) CCCat)

99. Otra de las ocasiones en que se mencionan las expectativas razonables del consumidor dentro de los requisitos objetivos es en el caso en que sea preciso entregar o suministrar los bienes y contenidos y servicios digitales con accesorios e instrucciones. Se entregarán los que “el consumidor y usuario pueda razonablemente esperar recibir”¹⁶⁹.

100. Sin embargo, en esta ocasión las expectativas del consumidor no cuentan con elementos de evaluación como sucede en las dos anteriores supuestos (A y B). Para resolverlo podemos acudir a los considerandos 46 Dir 770 y 24 Dir 771¹⁷⁰ en los que se afirma que el criterio de razonabilidad, en relación con cualquier referencia realizada en las directivas mencionadas a lo que una persona pueda razonablemente esperar, debe determinarse objetivamente teniendo en cuenta lo siguiente:

- la naturaleza y la finalidad del contrato (considerando 24 Dir. 771) o la naturaleza y finalidad de los contenidos o servicios digitales (considerando 46 Dir. 770)
- las circunstancias del caso
- los usos y prácticas de las partes implicadas. En el caso de contenidos y servicios digitales son aún escasos estos usos y prácticas, puesto que estamos ante mercancías nuevas que están evolucionando de forma muy rápida.

101. STAUDENMAYER considera que, aunque no se concretan en la normativa estas expectativas, dependerán del tipo de bien o contenido y servicio digital objeto del contrato. Aunque es difícil generalizar el contenido de este requisito, pues depende de cada tipo de bien o contenido y servicio digital, cabe pensar que incluye, como mínimo, aquellos accesorios o instrucciones necesarios para que el consumidor acceda o use el bien o el contenido o servicio digital se acuerdo a su finalidad y de forma segura (el embalaje que protege el ordenador que adquiero, o la caja de un CD, por ejemplo)¹⁷¹.

102. La normativa no determina el contenido o la forma de presentación de las instrucciones, por lo que no sabemos si las expectativas razonables del consumidor también se extienden a los requisitos sustanciales del contenido de las instrucciones y a la presentación de dichas instrucciones. Puede ayudar a solventar la duda el art. 115 quater TRLGDCU y los arts. 621-21y 621-72 CCCat, según los cuales, una instalación incorrecta de los bienes o una integración incorrecta de los contenidos y servicios digitales, suponen una falta de conformidad. Y también nos puede aportar ayuda el considerando 52 de la Dir. 770 que afirma que existe falta de conformidad si la incorrecta instalación o integración se debe a las deficiencias de las instrucciones de instalación o integración, “por ejemplo, por ser incompletas o adolecer de falta de claridad que hagan que las instrucciones de integración sean difíciles de utilizar por el consumidor medio”¹⁷². Esto implica que los problemas sustanciales de las instrucciones deben tratarse bajo el amparo del art. 115 quater TRLGDCU y 621-21y 621-72 CCCat.

Realizando una interpretación sistemática de los arts. 115 ter.1.c) TRLGDCU y del art. 621-20.2.d) CCCat con los arts. 115 quater TRLGDCU y 621-21y 621-72 CCCat, defendemos que las ex-

¹⁶⁹ La Propuesta de Directiva de 2015 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, en su art. 6.c) afirmaba que los contenidos digitales debían suministrarse junto con las instrucciones y asistencia al consumidor “requeridas por el contrato”, en cambio, cuando se aprobó la Dir. 771, en el art. 8.1.c, se modificó haciendo referencia a las expectativas razonables del consumidor y no a lo requerido por el contrato. No sucedió esto en la Propuesta de directiva de 2015 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, que siempre se remitió a las expectativas razonables del consumidor. El antiguo art. 621.22 CCCat también aludía a lo que razonablemente podía esperar el consumidor “d’acord amb el contracte”.

¹⁷⁰ En toda directiva los considerandos se están convirtiendo en útiles manuales de interpretación del texto, pero ni el TRLGDCU ni el CCCat los reconocen.

¹⁷¹ STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 de la Directiva 770, *loc cit*, p. 148 (número marginal 77).

¹⁷² En el mismo sentido Considerando 34 Dir. 771.

pectativas razonables del consumidor de los arts. 115 ter.1.c) TRLGDCU y del art. 621-20.2.d) CCCat se pueden extender a algunos defectos fundamentales de las instrucciones si hacen imposible y difícil usar dichas instrucciones. Por ejemplo, si las instrucciones son incomprensibles por estar escritas en otro idioma¹⁷³. También es importante señalar que las expectativas del consumidor pueden extenderse a la forma en cómo se reciben las instrucciones; si conseguirlas supone un esfuerzo desproporcionado para el consumidor y usuario (por ejemplo, no se le entrega un enlace para descargarlas), estaríamos ante una falta de conformidad.

IV. Reflexión final

103. El análisis de los elementos de evaluación de las expectativas razonables del consumidor, permite advertir que no resulta nada fácil la comprensión de dichas expectativas. Estamos ante un elemento nuevo en nuestro ordenamiento que si buscamos sus orígenes lo hallamos en una cultura jurídica ajena a la nuestra como es el Common Law. Además, las pautas o elementos de evaluación están dispersos, son piezas sueltas y mal repartidas entre los criterios objetivos de conformidad. Y la importante fuente de interpretación que nos proporcionan los considerandos de las directivas del 2019 para determinar qué debe entenderse por “expectativas razonables del consumidor”, a nuestro legislador se le ha *olvidado* tenerlo presente o trasponerlo, aunque fuera en las listas de definiciones a las que nos tiene tan acostumbrados. Por tanto, al interpretar las expectativas razonables del consumidor nos pasa como a Dante a medio camino del viaje de la vida, nos encontramos ante un bosque oscuro, con el camino correcto perdido.

104. En todo caso, cabe realizar una última reflexión. Esta razonabilidad que acompaña a las expectativas del consumidor en el texto articulado tanto estatal como autonómico, ¿tiene algo que ver con el estándar de razonabilidad originario? Creo que no, o no del todo. La razonabilidad que acompaña a las expectativas del consumidor, amparadas por los elementos de evaluación, pretende evitar que las expectativas se construyan con deseos caprichosos de los consumidores o con esperanzas hipotéticas construidas por deseos personales. Estamos ante un concepto más cercano al ámbito económico que jurídico y en este marco, como insinúa STAUDENMAYER, las expectativas razonables del consumidor son una especie de “moving target”¹⁷⁴, es decir, una evolución continua de las preferencias de los consumidores y usuarios que el empresario observa con detalle para adaptar sus productos a tales cambios de preferencias y mantener así su cuota de mercado.

¹⁷³ En este sentido, la SAP Barcelona 4 abril 2000 (Roj: SAP B 4294/2000 - ECLI:ES:APB:2000:4294) resuelve un curioso caso relativo a las instrucciones que acompañaban a un equipo informático. El comprador había adquirido un equipo informático que no pudo utilizar por carecer de las correspondientes instrucciones en castellano, por lo que solicitó la resolución del contrato. Pero la razón por la que se solicitaba la resolución no hacía referencia a los defectos intrínsecos del material adquirido que impidieran su uso o lo dificultaran grandemente, sino al hecho de que las instrucciones para su aprovechamiento venían redactadas en lengua inglesa. El Tribunal declara resuelto el contrato de compraventa pues “el sistema adquirido por el usuario, al no incorporar la traducción a una lengua oficial de todos los manuales necesarios para la instalación de los programas y para el manejo de los mismos, ha resultado inútil para el destino para el cual fue adquirido”.

¹⁷⁴ STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 de la Directiva 770, *loc cit*, p. 141 (número marginal 45) y p. 151 (número marginal 97).

Los efectos de la inscripción y la entrega en las transacciones de bienes inmuebles en el Derecho civil chino

The effects of registration and delivery in the transactions of immovables in Chinese Civil Law

DENG JIAYUAN

*Doctor en Derecho Privado de Universidad de Salamanca
y Universidad Pública de Navarra*

Recibido: 10.11.2022 / Aceptado: 21.12.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7567

Resumen: De acuerdo con el Código Civil de China, la propiedad del bien inmueble se transfiere a través de la inscripción tras la firma del contrato de compraventa. La entrega del bien inmueble no tiene el efecto de transferir la propiedad del bien inmueble. El comprador no tiene ningún derecho real sobre el bien inmueble antes de la inscripción después de la entrega del bien inmueble, y su derecho se limita a los derechos de crédito sobre el vendedor basados en el contrato de compraventa. La posesión, el uso y el disfrute del bien inmueble por parte del comprador se basan también en los derechos de crédito derivados del contrato. En las prácticas judiciales, sin embargo, existen circunstancias en las que esta doctrina general no puede respetarse plenamente. Esto ha sido a menudo fuente de controversia entre los autores.

Palabras clave: Inscripción, entrega, transacciones de bienes inmuebles, Derecho civil chino

Abstract: According to Civil Code of China, the ownership of immovable is transferred through registration after the sales contract was signed. The delivery of immovable does not have the effect of transferring the ownership of immovable. The buyer has no real right to the immovable before registration after delivery of the immovable, and his right is limited to the creditor's rights on the seller based on the sales contract. After the delivery, the possession, use and enjoy of such an immovable by the buyer are based on the creditor's rights to the seller derived from the sales contract. In judicial practices, however, there are circumstances in which this general doctrine cannot be fully adhered to. This has often been a source of controversy among scholars.

Keywords: Registration, delivery, transactions of immovables, Chinese civil law.

Sumario: I. Introduction II. Models of the transfer of ownership in the theory of Chinese civil law. 1. Intentionalism of Creditor's Right. 2. Formalism of Real Right. 3. Formalism of Creditor's Right. 4. El título y el modo. III. The Model Adopted by the Civil Code of China. 1. The model of formalism of creditor's right for the transfer of ownership. 2. The intentionalism of the creditor's right applied for the change of some real rights. IV. The Registration of Ownership of Immovable Property and Its Effects. 1. The value of real estate registration in Chinese civil law. 2. The characteristics of the registration of real estate in Chinese civil law. 3. legal effects of the registration of

* El papel se corresponde con la primera parte de mi tesis doctoral titulada Las Consecuencias de la Entrega de Bien Inmueble en la Compraventa en Derecho Civil Chino, dirigida por Profesora María Angeles Egusquiza Balmaseda y Natividad Goñi Urriza, y defendida el 19 de julio de 2022 en la Universidad de Salamanca.

real estate. A) A condition for the validity of the transfer of ownership of real estate. B) Publication and credibility. C) The presumption of the correctness of real rights. D) The effectiveness of prioritized protection. V. The Role of the Delivery in Real Estate Transactions in Chinese civil law. 1. The delivery cannot produce the effect of transferring the ownership of immovable. 2. The delivery is an obligation of the seller of real estate. 3. The delivery marks that the risk passes from the seller to the buyer. 4. The delivery determines the attribution of the fruits of immovable property. VI. The Debate on the Effects of Delivery of Real Estate. 1. The reality of the issues of the effects of delivery and possession. 2. Common elements about the theories of delivery effects. 3. The registration as a necessary but not sufficient condition for the transfer of ownership of real estate. 4. Publication and refutability of registered real rights. VII. Unicity of the effect of registration and concept of social equity. 1. The unicity of the registration effect. 2. The problem that the acquisitive prescription is not recognized in Chinese civil law. 3. Identification of the true owner outside the registration. 4. The ideal of the effectiveness of registration is difficult to be realized in judicial reality.

I. Introduction

1. In China, it is accepted that the normative models of the transfer of ownership caused by juristic acts in the civil laws of different countries can be generally classified into three categories: Intentionalism of Creditor's Right; Formalism of Creditor's Right; Formalism of Real Right. The Civil Code of China in principle adopts the model of formalism of creditor's right. According to this model, the transfer of ownership due to juristic acts become valid when two requirements are met: there must be an agreement of creditor's right between two parties, and the legal form: registration for immovables or delivery for movables.

2. In Chinese civil law, the real estate transaction is completed after the registrant in the register of immovables changes from the seller to the buyer, and at the same time the ownership of the real estate as the subject matter of the sales contract is transferred from the seller to the buyer. At the same time, the delivery is an obligation of the seller of real estate but cannot produce the effect of transferring the real rights of immovable. The delivery means that the risk passes from the seller to the buyer and determines the attribution of the fruits of immovable property.

3. Even if the registration is a necessary element for the transfer of ownership of real estate, it is sometimes argued that the delivery has a certain effect of transferring some rights of the real estate. The buyer thereby acquires extra-contractual rights to the immovable property when he or she has possessed it. Some authors believe that the authentic interpretation of the legislation has not been fully complied with when it is implemented in practices. In judicial practices, the delivery and possession still occupy an important place in the process of transferring the ownership of real estate. And as well, some authors believe that the legislative doctrine of registration effectiveness is thought to have some disadvantages, and the value of delivery and possession has not been recognized as it should.

4. The Civil Code of China shows that the registration is a necessary but not a sufficient condition for the transfer of ownership of real estate. In many cases, the registration is reduced to a kind of proof: the registration only provides a certification to the registrant to prove that he is the owner of the real estate. In this sense, the registration becomes an evidentiary mechanism, and it is of factual nature and refutable. Therefore, the ideal goal of the system of real estate registration, to provide clear and unified criteria for judicial judgments, is often frustrated in judicial reality.

5. Since the registration can be voided, the registrant may not end up being recognized as the true owner of the real estate. As a result, the concept of the true owner is often used in judicial practices to differentiate it from the registered owner. And the concept of true owner has a tendency to be used in a generalized way, resulting in further weakening of the effectiveness of registration. And it could easily lead to a confusion, the public may wonder whether it is still necessary to keep an eye on the existence of a true owner outside of the register, which means that there tends to be an increased obligation on those

who want to transact with the registrant. In particular when there is someone other than the registrant who is in possession of the immovable property.

II. Models of the transfer of ownership in the theory of Chinese civil law

6. The transfer of ownership caused by juristic acts is the most important type of change to real rights. In the Chinese civil law theory, the normative models of the transfer of ownership caused by juristic acts in the civil laws of different countries can be generally classified into three categories: Intentionalism of Creditor's Right; Formalism of Creditor's Right; Formalism of Real Right. As Wang Yi said: «When it comes to the civil law system, there are two representative models of the transfer of ownership, namely the model of intentionalism and the model of formalism. Among them, the model of formalism includes the formalism of creditor's right and the formalism of real right»¹.

1. Intentionalism of Creditor's Right

7. According to the theory of intentionalism, the transfer of ownership of property can occur when the sales contract between two parties is valid, the effect of transferring the ownership is generated by the declarations of will, without the need for another act of real right. In other words, the agreement between the two parties not only creates a relationship of creditor's right, but also makes the transfer of ownership of the property.

The typical example of legislation of this model is the French Civil Code, whose article 1138 says: «*L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite...*»²; and its article 711 says: «*La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations*»³. This similar criterion is contained in article 176 of the Japanese Civil Code, which stipulates: «The creation and transfer of a real right becomes effective solely by the manifestations of intention of the parties»⁴.

2. Formalism of Real Right

8. According to the model of formalism of real right, to successfully transfer the ownership of property between the parties of the contract, it requires, in addition to the coincidence of the declarations of will of forming creditor's rights, the agreement to transfer the ownership of property independent of the act of creditor's right, and combined with a legal form, namely, the delivery for movables or the registration for immovables in the Real Estate Register. The legislative example of this model is represented by the German Civil Code. The transfer of ownership of property is based on agreement of real right. The article 873 (1) of the German Civil Code stipulates: «*Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Recht sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechts ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt*»⁵.

¹ W. YI, *On the Change to the Real Right*, 1st edition, Renmin University of China Press, (Beijing), 2001, p.11.

² A. NÚÑEZ IGLESIAS/ F.J. ANDRÉS SANTOS/ A. GARRIGUES WALKER, *Código Civil francés = Code Civil, bilingüe edición*, Editorial: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, (Madrid, Barcelona), 2005, pp.533-534.

³ A. NÚÑEZ IGLESIAS/ F.J. ANDRÉS SANTOS/ A. GARRIGUES WALKER, *Código Civil francés = Code Civil, bilingüe edición*, Editorial: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, (Madrid, Barcelona), 2005, p.373. La propiedad de los bienes se adquiere y transmite por sucesión, por donación entre vivos o testamentaria, y por efecto de las obligaciones.

⁴ <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/3494>

⁵ https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_873.html

3. Formalism of Creditor's Right

9. The model of formalism of creditor's right has an eclectic characteristic between the former two models. According to this model, the transfer of ownership due to juristic acts become valid when two requirements are met: an agreement of creditor's right between two parties, and the legal form: registration for immovables or delivery for movables. Legislative examples adopting this model include the General Civil Code of Austria and Swiss Civil Code. The article 656 (1) of the Swiss Civil Code states: «The acquisition of land ownership must be recorded in the land register». And its article 714(1) stipulates: «Transfer of chattel ownership requires the delivery of possession to the acquirer».

10. The characteristics of the legislative model of formalism of creditor's right are as follows:

Firstly, this model does not require an agreement of real right to transfer the ownership of the property independent of the agreement of creditor's right included in the contract. It is only necessary that the two parties reach an agreement in the sales contract on the transfer of ownership. At this point, it is the same as the model of intentionalism of creditor's right, as opposed to the model of formalism of real right.

Secondly, in order to transfer the ownership of property effectively, the mere existence of declarations of will of creditor's right is not sufficient. Certain formal requirement needs to be met, namely the completion of the registration or the delivery. Usually, the ownership of movable property is transferred by the delivery and immovable property by the registration.

Thirdly, since the existence of an independent act of real right is not recognized, the act of creditor's right as the cause will affect the validity of the transfer of the ownership of property. If the contract is not valid, the transfer of the ownership will also be invalid. That is, the delivery or the registration is not in itself an abstract act independent of the act of creditor's right.

11. It is generally believed that for the change of real rights based on juristic acts, the Property Law of China explicitly adopted the model Formalism of Creditor's Right⁶. Subsequently, this model continued to be adopted by articles 208, 209 and 224 of the Civil Code of China⁷.

4. El título y el modo

12. It is believed by Spanish scholars that there are three main models of transferring the ownership in European countries: *consensual (francés e italiano)*, *real abstracto (alemán)* y *de título y modo (español)*⁸. The model adopted by the Spanish Civil Code corresponds to the system of *el título y modo*: «*El sistema de transmisión mediante traditio vinculada casualmente a un negocio jurídico que le sirve de causa, al que se denomina sistema del título y el modo*»⁹.

13. From the view of Chinese authors, the model of transferring property in the Spanish Civil Code can also be classified as formalism of creditor's right. One big difference is that in the model *El título y el modo* of the Spanish Civil Code, *el modo* refers only to the delivery, which does not apply different models to distinguish between movable and immovable property: «*en el ordenamiento jurí-*

⁶ M.JUNJU/Y.YANMAN, *The theory of civil law*, fourth edition, Law press, (Bei Jing), 2010, p.304.

⁷ Article 208 of Civil Code of China (2020): The creation, alteration, alienation, or extinguishment of the real rights in immovable property shall be registered in accordance with law. The creation and alienation of real rights in movable property shall be subject to the delivery of the movable property in accordance with law. (https://english.www.gov.cn/archive/lawsregulations/202012/31/content_WS5fedad98c6d0f72576943005.html)

Article 209 of Civil Code of China (2020): The creation, alteration, alienation, or extinguishment of a real right in immovable property shall become effective upon registration in accordance with law, and shall not take effect without registration, unless otherwise provided by law.

Article 224 of Civil Code of China (2020): The creation or alienation of a real right in movable property shall take effect upon delivery, unless otherwise provided by law.

⁸ I. FERNÁNDEZ CHACÓN, *La transmisión de la propiedad en la compraventa*, Editorial: Thomson Reuters Aranzadi, (Navarra), 2018, p.40.

⁹ J.F.DELGADO DE MIGUEL, *Instituciones de derecho privado*, 1ª edición, Editorial: Thomson Civitas, (Madrid), 2004, p.135.

*dico español se establecen las reglas de la transmisión de los bienes con carácter genérico, esto es, con independencia de la naturaleza mueble o inmueble del bien*¹⁰. The registration is not an element for the transfer of the ownership of property: «*La inscripción no forma parte del proceso transmisivo, es ajena a él. La transmisión opera fuera del Registro y antecede a la inscripción*»¹¹.

The model for the transfer of ownership in Civil Code of China distinguishes the movable and immovable property. The model of the contract plus delivery is applied to the transfer of ownership of movable property, and the contract plus registration to the transfer of the ownership of immovable property.

14. In addition, it is worth mentioning that in the case of the double sale of an immovable, in Spanish Civil Law it is also considered that the registration has priority over the delivery in terms of the acquisition of the ownership of real estate, and the registration becomes the factor decisive in determining the acquisition of ownership of the real estate. According to art. 1473(2) of Spanish Civil Code: «*la inscripción se superpone a la tradición o traspaso posesorio del inmueble como momento decisivo para determinar su adquisición*»¹². In this respect, from the perspective of the final attribution of the ownership of the real estate, the conclusions of Spanish civil law and Chinese civil law are the same. That is, whoever registers first will acquire the title to the immovable.

15. However, an important difference between the civil laws of the two countries is that: in Chinese civil law, the ownership of immovable property is acquired through the registration, the delivery does not have the effect of transferring title of immovable. In other words, even if the real estate has been delivered to the first buyer, the ownership still belongs to the seller, thereby the second buyer can still obtain the ownership directly from the seller by registration¹³. In the concept of Chinese theory, if the ownership of the immovable property is also transferred through delivery, it would require complex arguments and even special theoretical constructions to explain why, after the delivery of the immovable to the first buyer, the second buyer could still be able to obtain the ownership of it by registration, which means that the second buyer acquires the ownership from the seller who no longer has it.

III. The Model Adopted by the Civil Code of China

16. In the Civil Code of China, in relation to the transfer of real right caused by juristic acts, the model of formalism of creditor's right is adopted generally. At the same time, as an exception, the change of some real rights follows the model of intentionalism of creditor's right.

1. The model of formalism of creditor's right for the transfer of ownership

17. The Property Law of China that came into effect in 2007 and expired in 2020. The articles 6¹⁴, 9¹⁵ and 23¹⁶ of the Property Law of China are the main provisions that stipulated the means of trans-

¹⁰ J. SÁNCHEZ CEBRIÁN, *La teoría general de la transmisión de bienes y el registro de la propiedad en España*, Revista de Derecho, Universidad del norte, 30: 3-29, 2008, p.5.

¹¹ J.F.DELGADO DE MIGUEL, *Instituciones de derecho privado*, 1ª edición, Editorial: Thomson Civitas, (Madrid), 2004, p.163.

¹² J. SÁNCHEZ CEBRIÁN, *La teoría general de la transmisión de bienes y el registro de la propiedad en España*, Revista de Derecho, universidad del norte, 30: 3-29, 2008, p.16.

¹³ W. ZEJIAN, *The Double Sale*, Contented in Study of Civil Law Doctrines and Cases, Volume 4, Peking University Publishing House, December 2009, 1st edition.

¹⁴ Article 6 of Property Law of the People's Republic of China: The creation, change, transfer or elimination of the real right of a real estate shall be registered according to law. The creation or transfer of the real right of a movable property shall be delivered according to law. (https://english.www.gov.cn/services/investment/2014/08/23/content_281474982978047.htm)

¹⁵ Article 9 of Property Law of the People's Republic of China: The creation, change, transfer or elimination of the real right of a real property shall become effective after it is registered according to law; it shall have no effect if it is not registered according to law, except it is otherwise prescribed by any law. The ownership of the natural resources which are owned by the state according to law are not required to be registered.

¹⁶ Article 23 of Property Law of the People's Republic of China: The creation or transfer of the real right of a movable property shall become effective upon delivery, except it is otherwise prescribed by any law.

ferring the ownership by juristic acts clearly distinguishing the movable property and the immovable property.

According to these terms, the transfer of ownership must meet certain legislative mode of publication, that is, the delivery of movable property and the registration of immovable property. Under the system established by the Property Law of China, this model of the transfer of ownership corresponds to the formalism of creditor's right, that is to say, the "combination of the intentionalism and the delivery or the registration"¹⁷. The Civil Code of China continues to adopt this model.

18. Prior to the enactment of the Property Law of China, the method of transferring the ownership of property was stipulated in the General Principles of Civil Law of China (adopted in 1986 and expired in 2020). Its Article 72(2) stipulated: «Unless the Law stipulates otherwise or the parties concerned have agreed on other arrangements, the Ownership of property obtained by Contract or by other Lawful means shall be transferred simultaneously with the property itself». This clause does not distinguish between movable and immovable property.

19. However, this clause contains the flexibility provision "Unless the Law stipulates otherwise". This provision refers to the provisions in other laws. For example, the article 6 of the Regulations on the Management of Urban Private Houses (Issued by State Council in 1983) stated: «The owner of urban private house shall go through the procedures of ownership registration at the housing management authority where the house is located, and obtain a certificate of house property ownership after examination and verification. In the event that the ownership of the house is to be transferred, the present state of the houses is to be changed, the house owner must go through the registration procedures for the transfer of the ownership, or for other changes, at the administrative department for real estate in the place where the said house is located. For urban private houses jointly owned by several people, the house owner shall obtain the certificate of undivided co-ownership or divided co-ownership of the house». The article 60 of Urban Real Estate Administration Law of China (implemented from 1995) provided that: «The State practices the registration and certificate issuances system for the right to use land and title to a housing property».

20. These laws stipulated from the perspective of administrative management that the changes in the real rights of real estate must be registered. But strictly speaking, from a civil point of view, as for the effects of the registration in the change of real rights, it was not certain, until the promulgation of the Property Law of China.

2. The intentionalism of the creditor's right applied for the change of some real rights

21. The formalism of creditor's right is adopted as the model of the transfer of ownership of property based on juristic acts. The intentionalism of creditor's right is adopted for the change in some other real rights. For example, the constitution of the mortgage on personal property: «Where a movable is mortgaged, mortgage is created at the time when the mortgage contract becomes valid; and if it is not registered, it shall not be set up against a bona fide third party»¹⁸. The registration is the element of effectiveness against a bona fide third party in this case. In addition, since the ownership of the land belongs to the state, with respect to the creation of the conventional usufruct on rural land for agricultural operations¹⁹, the creation of Servitude²⁰, the Civil Code of China adopts the model of intentionalism of creditor's right.

¹⁷ L. HUIXING, *Real Right Law*, the fifth edition, Law Press, Beijing, 2010, p.81.

¹⁸ Article 403 of Civil Code of China (2020): A mortgage on movable property shall be created at the time when the mortgage contract enters into effect; without registration, such a mortgage may not be asserted against a bona fide third person.

¹⁹ Article 333 of Civil Code of China (2020): A right to contractual management of land is created at the time when the contract on the right to contractual management of land enters into effect.

²⁰ Article 374 of Civil Code of China (2020): An easement is created at the time the easement contract enters into effect. Where the parties request for registration, applications may be filed with the registration authority for the registration of the easement; without registration, such an easement may not be asserted against a bona fide third person.

IV. The Registration of Ownership of Immovable Property and Its Effects

1. The value of real estate registration in Chinese civil law

22. The article 605 of the Spanish Civil Code states that «*El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*». Regarding the value of the registration of real estate in Spanish civil law, Tartière says: «*En el sistema español, como regla general, la inscripción no es factor esencial, constitutivo, para que se produzca la constitución o transmisión de los derechos reales inmobiliarios: la inscripción cumpliría, pues, una función de publicidad... el principio de inscripción lo sería de oponibilidad, aspecto este en cuya virtud todas las situaciones jurídicas inscritas alcanzarían eficacia jurídico-real, eficacia frente a terceros, sin que estos puedan alegar el desconocimiento de lo publicado, la falta de directa o personal consulta a los libros del Registro*»²¹. In Spanish civil law, «*la fehaciencia pública se organizó en un doble sistema: notarial y registral*»²². The registration system can create a legal system with a public guarantee of true title.

23. In Chinese civil law, as M. JUNJU said: «The registration is the act of the state registration authority to record and examine the facts of the creation, modification, transfer, disposal and extinction of the real rights of immovable property and special movable property between civil subjects, and to give them legal effectiveness by law»²³. As a comparison, the notarization system of China is simply to ensure the authenticity and legality of a legal act, a document or a fact²⁴. In addition to guaranteeing the authenticity and reliability of the registered title in real estate transactions, the registration of real estate in Chinese civil law is also a constituent element of transferring the ownership of real estate: «The various changes in real rights require not only juristic acts of the parties, but also the registration, and these dual legal facts of juristic act and registration determine the effectiveness of the changes of real right»²⁵.

24. That is to say, the real estate transaction is completed after the registrant in the register of immovables changes from the seller to the buyer, and at the same time the ownership of the real estate as the subject matter of the sales contract is transferred from the seller to the buyer. In this function, the registration system in Chinese civil law is the same as the registration system in the German civil law, «*se ordena la inscripción constitutiva, de suerte que no existe modificación jurídico real sin que se proceda previamente a la inscripción*»²⁶. In other words, «*...un negocio jurídico sobre bienes inmuebles no está completamente en regla mientras le faltaba la inscripción en los libros oficiales, de que, por ejemplo, una transmisión de propiedad sin inscripción no era una verdadera transmisión*»²⁷, which is different from Spanish civil law. Generally speaking, in Spanish civil law, the registration is not constitutive.

2. The characteristics of the registration of real estate in Chinese civil law

The registration of real estate in the Civil Code of China has the following characteristics:

²¹ G. DE REINA TARTIÈRE, *El derecho registral inmobiliario y el registro de la propiedad*, La Notaria, 2012(2), pp.53-54.

²² J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *El registro de la propiedad y el sistema de las preferencias crediticias*, Editorial: Comares, (Granada), 1995, p.1.

²³ M.JUNJU/ Y.YANMAN, *The theory of civil law*, forth edition, Law press, (Bei Jing), 2010, p.310.

²⁴ Article 2 of Notarization Law of the People's Republic of China: «*Notarization means the act performed by a notarial institution, upon the application of a natural person, legal person or other organization and following statutory procedures, to certify the authenticity and legality of a civil juristic act or a fact or document of legal significance*». (https://english.www.gov.cn/archive/laws_regulations/2014/08/23/content_281474983042417.htm)

²⁵ Interpretation of the Civil Code of the People's Republic of China, Edited by Huang Wei, Law Press, 2020, p.415.

²⁶ M. MEDINA DE LEMUS, *Derecho civil. Tomo III, Derechos Reales e Inmobiliario Registral*, Editorial: Dilex, (Paracuellos del Jarama), 2006, p.263.

²⁷ J. W. HEDEMANN, *Tratado de derecho civil vol. II. derechos reales*, Editorial: Revista de Derecho Privado, (Madrid), 1955, p.77.

25. Publicness. One function of the registration is to make the rights clearly defined and protect the security of transactions. Therefore, the information of the registration should be made public, which is an important feature that the registration is different from the notarization and the administrative approval in Chinese laws²⁸. Similarly, the publicity of registry in Spain is also of great importance. The registration in Spanish civil law has the similar purpose. As Luelmo says, «*se puede definir el Registro de la Propiedad como la institución destinada a dar publicidad de la situación jurídica de los inmuebles, con la finalidad de proteger el tráfico jurídico*»²⁹.

26. Entitlement. Laws often confer registered rights the effect of being effective against a bona fide third party. Or take the registration as an element for the transfer of ownership of immovable property. The registration completed has binding force on the parties in the acquisition and the forming of the real right. At this point, it is different from the notarization³⁰.

27. Formality. If the parties have reached an agreement on the transfer of the ownership and the legal conditions required for registration are met, the registration authority shall carry out the registration in accordance with legal procedures. The examination of the registration authority is limited to the scope of the applicant's application, and is mainly based on written examination, which has the characteristics of formalism. This is different from the administrative approval³¹.

3. legal effects of the registration of real estate

28. In the Civil Code of China, the registration of real estate has at least the following legal effects: a condition for the validity of the transfer of ownership of real estate; publication and credibility; the presumption of the correctness of real rights; the effectiveness of prioritized protection.

A) A condition for the validity of the transfer of ownership of real estate

29. In German civil law, the principle of registration means that «*la inscripción es un presupuesto para la adquisición del derecho. No hay adquisición sin inscripción*»³². With regard to the transfer of ownership of immovable property by juristic acts, this principle is also followed by Chinese civil law. According to article 209 of Civil Code of China: «The creation, modification, transfer, or extinction of a real right in an immovable shall become valid after it is registered in accordance with the law; it shall have no binding force if it is not registered in accordance with the law, except as otherwise provided for by any law. The ownership of natural resources belonging to the state in accordance with the law is not required to be registered».

However, the registered ownership of real estate may not coincide with to the true state of the right. The reason for this non-conformity may be a registration error, or the act of creditor's right which is the cause of the transfer of the ownership is invalid, etc. The idealized goal of the principle of registration is: even so, «only registered rights rather than factual rights perform the transactional function of the ownership of real estate»³³, «only the transactions of registered rights are recognized the transactions of correct rights and protected by law»³⁴.

²⁸ M.JUNJU/ Y.YANMAN, *The theory of civil law*, forth edition, Law press, (Bei Jing), 2010, p.310.

²⁹ A.DOMÍNGUEZ LUELMO, *Comentarios a la ley hipotecaria*, 3ª edición, Editorial: Thomson Reuters Aranzadi, (Navarra), 2019, p.48.

³⁰ The notarization system of China is simply to ensure the authenticity and legality of a legal act, a document or a fact.

³¹ In the procedure of administrative approval, the administrative authority should examine the substance of the matter in order to determine whether to approve the application.

³² J. W. HEDEMANN, *Tratado de derecho civil vol. II. derechos reales*, Editorial: Revista de Derecho Privado, (Madrid), 1955, p.116.

³³ S. XIANZHONG, *Contemporary German Real Right Law*, Law Press China, (Bei Jing), 1997, p.135.

³⁴ S. XIANZHONG, *Contemporary German Real Right Law*, Law Press China, (Bei Jing), 1997, p.135.

B) Publication and credibility

30. Since the real right is the absolute right, the transfer of ownership will affect the interests of the third party. Therefore, the transfer must be published in a certain way to protect the interests of the third party: «Real rights and the publication are inseparable, the publication is the basis of real rights. Therefore, the principle of publication is a basic principle of the real rights system. The registration is the basic means of publication of real rights of immovable. Through the registration, the third party can know the information of the transfer of real rights, which not only creates a credibility of the changes in rights and makes the new right a clean right. More importantly, it enables third parties to know the state of the rights and whether there are burdens on the rights through registration, which could provide a risk warning for the parties involved in the transactions, so that they can decide whether to engage in the transactions with the registered right holder»³⁵.

Based on this idea, in terms of the dynamic publication of real rights, the article 214 of the Civil Code of China provides: «The creation, modification, transfer, or extinction of the real right in an immovable shall, if it shall be registered in accordance with the provisions of laws, become valid from the time when it is recorded in the register of immovables». In terms of static publication of real rights, the article 216 of the Civil Code of China provides that: «The register of immovables is the basis for determining the attribution and content of a real right. The register of immovables shall be managed by the registration authority».

C) The presumption of the correctness of real rights

31. In the understanding of Chinese authors, the presumption of correctness of registration means that once the ownership of real estate has been registered, the registered ownership will be presumed to represent the true state of the ownership of the real estate. The registered right holder is the true owner of the real estate. This understanding in Chinese civil law is affected by German civil law. In German Civil Code, the presumption of correctness of the registration is reflected in the article 891: «(1) *Ist im Grundbuch für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, dass ihm das Recht zustehe.* (2) *Ist im Grundbuch ein eingetragenes Recht gelöscht, so wird vermutet, dass das Recht nicht besteht*». In Spanish civil law, the similar idea is embodied in the article 38 of *la Ley Hipotecaria*: «*A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo*».

The principle of presumption of correctness of registration in Chinese civil law is stipulated in Article 217 of the Civil Code of China: «The certificate of ownership of an immovable is the certificate proving that the right holder is entitled to the real right in the immovable. The items recorded in the certificate of ownership of the immovable shall be consistent with those recorded in the register of immovables; in the case of any discrepancy, the item recorded in the register of immovables shall prevail, except that there is any evidence to prove that there is any error in the item». Thus, on the one hand, when it is recorded in the register of immovables that a person enjoys a certain real right, this person is to be presumed that is the correct owner of that right, and the content of his right is also subject to what is the record in the register. On the other hand, «the presumptive ability of the register of immovables is only limited to a presumption of right, and the first paragraph of the article 16 of the Property Law (article 216 of the Civil Code of China) is only a norm that allocates the burden of proof, so that this presumption is not final, definitive and irrebuttable»³⁶.

³⁵ H. SONGYOU, *Understanding and application of the provisions of the "Property Law of the People's Republic of China"*, People's Court Press, (Beijing), 2007, p.83.

³⁶ C. XIAO, *Presumptive correctness of real estate register*, Chinese Journal of Law, No.8(2005), p.106.

D) The effectiveness of prioritized protection

32. As says Wang Zejian: «Several real rights with the same content are not allowed to coexist in the same subject matter, and the real right that occurred first has priority»³⁷. According to the article 415 of Civil Code of China: «Where both a mortgage and a pledge are created on the same property, the priority order of payment with the proceeds obtained from auction or sale of the property shall be based on the priority in time of registration and delivery of the property».

V. The Role of the Delivery in Real Estate Transactions in Chinese civil law

1. The delivery cannot produce the effect of transferring the ownership of immovable.

33. According to the article 209(1) of the Civil Code of China: «The creation, modification, transfer, or extinction of a real right in an immovable shall become valid after it is registered in accordance with the law; it shall have no binding force if it is not registered in accordance with the law, except as otherwise provided for by any law». That means, with few exceptions, the registration is the decisive criterion for the creation and the transfer of ownership of real estate. The exceptions include:

34. First, the ownership of property owned by the state as provided for by laws does not need to be registered. The paragraph 2 of article 209 of the Civil Code of China says: «The ownership of natural resources belonging to the state in accordance with the law is not required to be registered». But at the same time, the ownership of natural resources belonging to the State cannot be transferred. According to the article 242 of the Civil Code of China: «No organization or individual may acquire the ownership of an immovable or movable exclusively owned by the state as provided for by laws».

35. Second, the real rights of property owned collectively are transferred through contract. As paragraph 2 of the article 330 of the Civil Code of China says: «The system of land contracting for agricultural operations shall, in accordance with the law, be applied to arable land, forest land, grassland and other land for agricultural use, which are owned by farmers collectively. or owned by the state but are used by farmers collectively». According to paragraph 1 of the article 333 of the Civil Code of China: «A conventional usufruct on rural land for agricultural operations shall be created from the date when the contract for the usufruct on rural land for agricultural operations becomes valid», and the article 335 of the Civil Code of China stipulates: «In case of the exchange or transfer of the conventional usufruct on rural land for agricultural operations, the party may apply to the registration authority for registration; and if it is not registered, it shall not be set up against a bona fide third party». The conventional usufruct of rural land for agricultural exploitation in China is created and transmitted through signing the contract, the registration is the element of resistance to third parties.

36. Third, the transfer of ownership of real estate that is not produced by juristic acts does not require registration. As the article 229 of the Civil Code of China says: «Where a real right is created, modified, transferred, or extinguished in accordance with the legal document of a people's court or an arbitration institution or an expropriation decision made by a people's government, among others, it shall have binding force from the time when the legal document or expropriation decision, among others, becomes valid». The article 230 of the Civil Code of China says: «Where a real right is acquired through succession, it shall have binding force from the time of succession».

37. In these methods for the transfer of ownership or other real rights of real estate, there is no legal provision directly stipulating that the delivery can transfer real rights of real estate.

³⁷ W. ZEJIAN, *The Real Right in Civil Law*, China University of Political Science and Law Press, 2001, p.62.

2. The delivery is an obligation of the seller of real estate

38. According to the article 598 of the Civil Code of China: «A seller shall perform its obligation of delivering the subject matter or the documents for taking delivery thereof, and transferring the ownership over the subject matter to the buyer». It is generally agreed that «the delivery is a basic obligation of the seller alongside the obligation to transfer the title of the subject matter»³⁸. From the literal expression of the clause, it does not distinguish between movable and immovable property. That is to say, the obligation of delivery stipulated in this article also apply to the delivery of immovable property.

This understanding could have practical implications in the discussion of some issues. For example, the article 188 of Civil Code of China stipulates: «The limitation period for a person to request the people's court to protect his civil-law rights is three years, unless otherwise provided by law». Does this extinctive prescription apply to a buyer's claim for registration after the delivery of immovable property? It has been argued that the registration is a subordinate obligation as compared to the obligation of delivery as the main obligation. Thus, the claim for registration is not subject to the prescriptive period³⁹. However, if the registration represents a transfer of title to immovable property, the textual expression of the article 598 does not support this view.

3. The delivery marks that the risk passes from the seller to the buyer

39. According to the article 604 of the Civil Code of China: «The risk of damage to or loss of a subject matter shall be borne by the seller prior to the delivery of the subject matter and by the buyer after delivery, except as otherwise stipulated by law or agreed upon by the parties». And according to the article 605 of the Civil Code of China: «Where a subject matter fails to be delivered within the agreed time limit owing to the buyer's reason, the buyer shall bear the risks of destruction, damage, or loss of the subject matter from the time he breaches the agreement».

The delivery results in the transfer of the risk of damage or loss of the subject matter of the contract. Furthermore, this article does not distinguish between movable and immovable property, assuming that this rule applies to both movable and immovable property. As Cui Jianyuan said, «as long as the real estate is delivered to the buyer, even if the registration of the transfer has not been completed, the risk of loss will be transferred to the buyer»⁴⁰.

40. The risk of loss of or damage to the subject matter has passed, but title has not yet transferred. The seller will remain the owner of the subject matter. If the subject matter is lost or damaged, the loss should be borne by the buyer. A problem that can arise is that if a third party, such as an insurance company, is obligated to make compensation or indemnification, then to whom will this third party compensate or indemnify? In accordance with the idea of the unity of right and risk, it is the buyer that should receive the payment of compensation or indemnity. However, since the legal owner of the immovable property is still the seller and, moreover, the insurance contract was signed by the third party directly with the seller, logically, normally the third party will first pay the compensation or indemnification to the seller.

4. The delivery determines the attribution of the fruits of immovable property

41. According to the article 630 of the Civil Code of China: «Any proceeds accrued from the subject matter before delivery shall belong to the seller and any proceeds accrued from the subject matter after delivery shall belong to the buyer, unless otherwise agreed by the parties». This article adopts

³⁸ Interpretation of the Civil Code of the People's Republic of China, Edited by Huang Wei, Law Press, 2020, pp.1164-65.

³⁹ C. JIANYUAN, *Contracts of sale and purchase of houses and the limitation period*, People's Court News, 13 June 2003.

⁴⁰ C. JIANYUAN, *Contract Law*, fifth edition, Law Press, 2010, p404.

the principle of unity of risks and benefits. The principle of allocation of risk through delivery is set out in Article 604. In accordance with this principle, the article 630 links fruits and risks⁴¹.

VI. The Debate on the Effects of Delivery of Real Estate

1. The reality of the issues of the effects of delivery and possession.

42. Despite the legislative reforms of the Property Law of China (2007), which sought to establish criterion for the transfer of ownership of immovable property by adopting clearly the registration as an element of the transfer of ownership of immovable property, whether the delivery has the effect of transferring rights in real estate transactions is still discussed by scholars.

43. According to the general theory of the legislation, the buyer who only acquired the possession of the property through delivery does not have any real right over the real estate, and his possession of the immovable property is based solely on the creditor's right arising from the sales contract. However, it is still argued that even if the registration is an element of the transfer of ownership of real estate, that delivery has a certain effect of transferring some kind of right of the real estate. The buyer thereby acquires extra-contractual rights to the immovable property and the buyer's possession can resist or destroy a third party's claim to the real estate.

44. On the one hand, this is due to natural features of the possession. The possession is externally observable and recognizable, giving the society a cognitive foundation and thus gaining the recognition of moral legitimacy of the society.

On the other hand, before the enactment of the Property Law of China, although the criterion of the effect of registration lacked a clear and firm expression in the laws, it had been generally recognized as an element for the transfer of ownership of real estate⁴². Problems that have historically arisen on the issue were due to deficiencies in the registration system itself, so they will not disappear with the legislative confirmation of this system.

2. Common elements about the theories of delivery effects

These opinions mainly have two common characteristics:

45. First, recognize the existing legislative model of the transfer of ownership of real estate based on the doctrine of the effectiveness of registration. However, it is believed that the authentic interpretation of the legislation has not been fully complied with when it is implemented in practices. In judicial practices, the model of registration as an element of the transfer of ownership of immovable property has been modified, and the delivery and possession still occupy an important place in the process of transferring the ownership of real estate⁴³.

46. Second, the legislative doctrine of registration effectiveness is thought to have some disadvantages, and the value of delivery and possession has not been recognized as it should. As said C. YONGQIANG: «The traditional doctrine has fallen into an «all or nothing» mode of argument, which has prevented the buyer who has a right of intermediate form due to his possession of the immovable from being properly protected»⁴⁴. In cases of double sale of immovables, if registration is used as the sole cri-

⁴¹ Interpretation of the Civil Code of the People's Republic of China, Edited by Huang Wei, Law Press, 2020, p.1214.

⁴² See D. JUAN, *Study on the effects of real estate registration*, Journal of Tian Jin University, Jun 1999, Vol.1, No.2, pp.132-133.

⁴³ See L. JINGYUAN, *The justification of the effect of change to real rights caused by the delivery of immovables and the analysis of its opposing effect*, Political science and law, Issue 10, 2015, p.30.

⁴⁴ C. YONGQIANG, *Protection of the rights of a buyer who possessed a house but has not registered it*, Global law review, Issue 3, 2013, p.60.

terion for judging who owns the real estate, the value of delivery and possession will not be recognized. This will result in a buyer who is already in legal possession of the real estate will be treated in the same way as other unregistered buyers who have only signed a contract with the seller. These views are based on emphasizing the tension between the judicial reality and the ideality of the legislative theories, which requires that the legislative dogma be revised to varying degrees in judicial practices.

3. The registration as a necessary but not sufficient condition for the transfer of ownership of real estate

47. The registration is seen as a necessary condition for the transfer of ownership of real estate, however, not as a sufficient condition. In other words, although the transfer of ownership of immovable property under the Civil Code of China must be registered to be effective, the registration does not necessarily mean that the ownership of the real estate can be acquired by the buyer. In accordance with the characterization of the registration according to the provisions of the Civil Code of China, there are several situations that can determine that after a property has already been registered, the buyer still cannot acquire the title, or the registrant is not acknowledged as the true owner.

48. The first case refers to the assumption in which the contract is invalid. Due to the fact that the abstract theory of real right is not accepted by Chinese civil law doctrine, the contract is still the cause of the transfer of ownership. The validity of the transfer of ownership still depends on the validity of the contract, and the invalidity of the contract will result in the transfer of the title also invalid⁴⁵.

49. The second possible situation is that it was later proved that the seller did not have the title of the real estate. So that even if the buyer has changed the registration from the seller, he cannot acquire the ownership of the real estate⁴⁶. Unless his registration fulfills the conditions of bona fide acquisition, he will be able to acquire the ownership of immovable property through the system of bona fide acquisition based on the protection of the public credibility of the registration.

50. The third anomalous situation derives from the fact that the procedures by which the buyer obtains the registration is inherently flawed. This will also be the target of attacks, especially when the interests of a third party are deemed to have been prejudiced, resulting in the registration being seen as lacking legitimacy⁴⁷. For example, the buyer's registration itself is defective, such as failing to comply with legal procedures or requirements, or even completing the registration through illegal methods, such as providing false materials.

51. Therefore, the ideal goal of the system of real estate registration, which is to provide clear and unified criteria for judicial judgments, can only be achieved in simple cases. In cases of ownership dispute which are more complicated, especially when involving a third party to claim the ownership of the real estate, the validity of the sales contract, whether the seller had the ownership to sell the real estate, and the legality of the registration procedures will all become precisely the focus of the dispute.

⁴⁵ Article 157 of Civil Code of China (2020): Where a civil juristic act is void, revoked, or is determined to have no legal effect, the property thus obtained by a person as a result of the act shall be returned, or compensation be made based on the appraised value of the property if it is impossible or unnecessary to return the property. Unless otherwise provided by law, the loss thus incurred upon the other party shall be compensated by the party at fault, or, if both parties are at fault, by the parties proportionally.

⁴⁶ Article 597 of Civil Code of China (2020): If the ownership of a subject matter is unable to be transferred owing to the fact that the seller fails to obtain the right of disposal, the buyer may rescind the contract and request the seller to bear default liability.

⁴⁷ Article 222 of Civil Code of China (2020): A party who provides false materials upon application for registration and thus causes damage to another person shall be liable for compensation. Where damage is caused to another person due to a clerical error upon registration, the registration authority shall be liable for compensation. After having made such compensation, the registration authority has the right to indemnification against the person who has made the error.

52. At such a time, the register of immovables does not turn out to be a clear guide to determine the ownership of the real estate. In general, the court should no longer rely solely on the register to identify the registrant as the true owner of the real estate, but should check the entire transaction process to determine if there is a situation for which the registration should be denied, or verify the evidence fully to determine who is the real owner, or more qualified to be the owner between the third party and the registrant. As expressed in the Supreme Court's judgment: «In litigation, the certificate of ownership an immovable has only a probative function, and in cases where there is evidence that the real state of rights to the immovable does not correspond to that recorded in the certificate of ownership of the immovable, the real state of rights should be confirmed in accordance with the law»⁴⁸.

4. Publication and refutability of registered real rights.

53. The registration has the effect of publicizing the ownership and the presumption of its correctness. This is compatible with the other side of the registration, namely that the registration is a necessary but not sufficient condition for the acquisition of the ownership of real estate, and what is registered in the register of immovables can be refuted. This creates a contrast: on the one hand, for the acquisition of real estate, the registration is constitutive, thus the register of immovables offers authoritativeness. It is not that the ownership is first acquired and then outwardly publicized through the registration, but the registration is a condition of obtaining the real estate, which means that the ownership of real estate is obtained at the same time as the registration. However, on the other hand, the registration is reduced to a kind of proof element: the registration only provides a certification to the registrant, which proves that he is the owner of the real estate.

The former is intended to emphasize the authority and the certainty of the registration, but the latter can obviously weaken it: if the registration is only an evidentiary mechanism, even if it has the presumptive effect, the evidence itself will imply that it is of factual nature and refutable. As long as there is other evidence to the contrary, its weight of proof and authoritativeness can be undermined or revoked.

54. Although it is considered that the registration of real estate is the evidence that has preferential effect. «The statements in the register of immovables have much higher weight of proof in determining the ownership of real rights than other evidence... On the other hand, since it is a fictional fact, the state of rights demonstrated in the register of immovable does not always necessarily reflect the true real right relationship of immovable. And then the parties should be allowed to disprove the state of real rights demonstrated in the register of immovables by way of proof. Therefore, in civil proceedings, the attribution of real rights of immovables should be comprehensively determined in accordance with the provisions of the Civil Procedure Law and its judicial interpretations on the rules of evidence and the burden of proof»⁴⁹.

VII. Unicity of the effect of registration and concept of social equity.

1. The unicity of the registration effect.

55. According to the legislative doctrine of the effect of the registration for the transfer of the ownership of immovables, the registration is characterized by being singular for this purpose. That is, the buyer obtains the ownership of the real estate after registering, and before registering does not have

⁴⁸ Lanzhou Taisheng Real Estate Development Co., Ltd. and Jingtai County People's Government, Jingtai County No. 5 Middle School, Dispute over Contract, (2013) Civil Final Judgment No. 45, Supreme People's Court.

⁴⁹ «Further improving the degree of legalisation to protect property rights and the safety and efficiency of market transactions: the head of the First Civil Division of the Supreme People's Court answers journalists' questions on the judicial interpretation of the Property Law», People's Court Daily, 24 February 2016. *Collection of Judicial Views of the Supreme People's Court*, Civil Vol. I, China Legal Publishing House, (2017), p.242.

any direct real right over the immovable⁵⁰, only has the right of claim of obligatory nature based on the sales contract. During the performance of the contract, from the signing of the contract to the completion of the registration procedures, the buyer has neither the ownership of the real estate nor any other real rights. The possible legal consequences of this conclusion in certain cases will severely conflict with people's notions of fairness in current trading environment.

56. For example, a point of contention is the separation of ownership and the burden of risk after delivery: the buyer must bear the responsibility for the risk of loss of the subject matter that does not belong to him. The authors who hold a critical view argue that this responsibility cannot be justified if the buyer does not have the ownership of the immovable: «If the risk of the subject matter is borne by the possessor, it is highly likely that the possessor will only have the right to possess and use the property without acquiring the ownership, but he will then bear the risk that should have been borne by the person with title. This method of risk allocation lacks a right basis»⁵¹.

57. This debate is not just a theoretical game but has important practical implications. Since the seller remains the owner of the real estate, after delivery, the risk of loss of the immovable will be borne by the buyer, but logically the damages or insurance compensation due to the loss of the immovable will be paid directly to the owner. This makes it difficult for the court to find a direct basis in positive law to make a judgment in favor of the buyer. Although the court can always decide, through indirect reasoning, that the replacement value of the lost real estate finally be paid to the buyer. But the reasoning behind these judgments is always often conclusion-oriented. That is to say, certain conclusion is reached first on other grounds, and then the reasoning is carried out in order to obtain this particular conclusion, bypassing the obvious and direct logical reasoning. Such reasoning is often difficult to be logically consistent, using arguments that are not solid.

2. The problem that the acquisitive prescription is not recognized in Chinese civil law

58. The possession can show the social order of properties in a more direct and intuitive way, especially the possession based on legitimate reasons, which carries considerable weight in the concept of social justice. Reflected in the legal system, in some civil law countries, their civil laws contain a system of acquisitive prescription. «*La usucapión es un modo de adquirir la propiedad u otro derecho real, mediante el ejercicio de la posesión, (provista de ciertos requisitos) durante un tiempo previamente determinado*»⁵². «*Cuando se dan determinados requisitos y transcurren los plazos legales, acaba triunfando respecto de la propiedad u otro derecho real y generando un derecho real nuevo en cabeza del usucapiente*»⁵³. Once the possession is of *bona fide* and has continued uninterrupted for a specified period of time, the possessor can obtain ownership of the real estate. This establishes a direct connection between the possession in the transaction and the acquisition of ownership of the subject matter possessed.

59. For example, the article 609 of Spanish Civil Code stipulates: «*La propiedad y los demás derechos sobre los bienes... Pueden también adquirirse por medio de la prescripción*». And the article 1957 of the Spanish Civil Code says: «*El dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título*». The article 2258 of the French Civil Code establishes: «*La prescription acquisitive est un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé*

⁵⁰ See C. YONGQIANG, On a theory of three-stage of change to the ownership, Studies in Law and Business, Issue 4, 2013, p. 127.

⁵¹ Z. JIAYI/ C. HUATING, "Delivery" and "shift of risk" in the Chinese sales contract, Studies in Law and Business, No.2(2003), p.78.

⁵² A. HERNÁNDEZ GIL, *La posesión como institución jurídica y social*, Editorial: Espasa-Calpe, (Madrid), 1987, p.358.

⁵³ MORENO-TORRES HERRERA, *La usucapión*, Editorial: Marcial Pons, (Madrid), 2012, p.75.

d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi»⁵⁴. This article gives a definition of acquisitive prescription. At the same time, its article 2272 stipulates: «*Le délai de prescription requis pour acquérir la propriété immobilière est de trente ans. Toutefois, celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans*»⁵⁵.

60. A central element of the acquisitive prescription is the possession. The acquisitive prescription is a consequence of protection granted to the possessor. In essence, the acquisitive prescription is a system that maintains the established social order of properties. As Philippe Malaurie and Laurent Aynès said: «*L'usucapion est une institution d'ordre social: elle interdit la prolongation indéfinie d'un divorce entre la possession et le droit de propriété, en faisant coïncider, après un certain temps, le droit et le fait*»⁵⁶.

61. Under a legislative system with an acquisitive prescription system, «*en caso de confrontación entre un comprador que ya ha poseído tiempo suficiente para consumir una prescripción, y otro comprador, aunque sea titular registral, será propietario el beneficiado por la usucapión*»⁵⁷. However, there is no provision for acquisitive prescription in the Civil Code of China. What the system of possession protection maintains is only a temporary factual state of possession. Therefore, in the real estate transaction, no matter how long the buyer has possessed the real estate, the basis of his possession is always the creditor's rights provided by the sales contract. It is impossible for time to give the possessor any direct real right to the subject matter. In Chinese civil law, the connection between the possession of the buyer and the ownership of the real estate is completely disconnected.

62. In addition, due to the nature of the registration as a necessary and unique element, the legislative doctrine of its effectiveness will incidentally produce some inferential effects. According to the legislative doctrine of the registration, a buyer who already has the possession of the real estate by delivery, even if he has held such possession for a quite long time, when faced with a claim by a third party to certain rights - creditor's rights or real rights - of the real estate, he will not have any legal advantage to defend against such a claim.

This situation often contradicts notions of social equity. Although these notions of fairness may be intuitive, they can be powerful. As a result, when a court is faced with such cases, it often adopts a method of distorting the usual legislative doctrine to achieve the ultimate goal of protecting the interests of the buyer in possession of the immovable.

3. Identification of the true owner outside the registration

63. Since the registration can be voided, a direct result of this is that the registrant may end up being not recognized as the true owner of the real estate. For example, if the contract between the seller and the buyer is not valid, logically, even if the buyer has registered his name in the register of immovables, the nullity of the sales contract will prevent the buyer from obtaining the ownership of the real estate. In this case, even if the buyer has registered the immovable property in his name, he has never obtained ownership of the real estate and the true owner has always been the seller of the real estate.

64. The concept of the true owner is often used in judicial practices to differentiate it from the registered owner. As a conclusion and guide to judicial practices, the Supreme People's Court expressed in article 2 of the judicial interpretation: «Where a party has evidence that the information recorded in a register of immovable property is inconsistent with the true status of a right and the party is the true

⁵⁴ <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000019017143/2008-06-19>

⁵⁵ <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000019017143/2008-06-19>

⁵⁶ P.MALAURIE/ L. AYNÈS, *Cours de droit civil: les biens*, Editorial: Cujas, (Paris), 1990, p.146.

⁵⁷ C. SANCIÑENA ASURMENDI, *La usucapión inmobiliaria*, 1ª edición, Editorial: Aranzadi Thomson Reuters, 2009, p.278.

holder of the real right in the immovable, the party's request for confirmation of the party's real right in the immovable shall be supported»⁵⁸.

65. The judicial interpretation above can easily lead to confusions. For the public they may wonder whether it is still necessary to keep an eye on the existence of a true owner outside of the register. Does this mean that there is an increased obligation on those who want to transact with the registrant? But perhaps this is exactly what the judicial interpretation intends to mean: there may be a separation of the true owner from the registered owner of the real estate. In a case⁵⁹, Beijing High Court made a distinction between real right *de jure* and real right *de facto*. This seems to be contrary to the basic principle of the property law: one property one right.

66. Under the shelter of this interpretation, as long as the non-registrant can prove that he is the true owner of the immovable, he is able to challenge the registration⁶⁰. The effectiveness of the registration will be weakened, the presumption that the registrant is the owner can no longer be relied upon as the starting point for the legal actions of others. This will encourage the non-registrant, as a plaintiff, to put all his effort into demonstrating that he is the true owner of the immovable. Especially when a third party as a non-registrant claiming the ownership is involved, the burden of proof and the relationship of rights in relation to immovable property between the so-called true owner and the third party can change subtly but profoundly. When the extension of true ownership expands unconsciously, even the buyer of the immovable property who has possessed but not registered possibly claim to be the true owner. This sometimes just facilitates the judge providing him with a convenient way of argumentation to achieve the judgement he expects.

67. This concept of true owner has a tendency to be used in a generalized way, resulting in a weakening of the effectiveness of registration. When there is just a simple dispute, the registration is a registration, but once complicated disputes arise, the registration is likely to be easily disposed of for a specific purpose.

For example, in the case of Lanzhou Taisheng Real Estate Development Co., Ltd. v. the People's Government of the Jingtai District, The Supreme People's Court held that: «The certificate of ownership of an immovable is the certificate proving that the right holder is entitled to the real right in the immovable. The certificate of ownership of an immovable does not have the function of representing the real right in an immovable, its function is only to prove that the legal fact or legal act recorded in the certificate have occurred. And the existence or non-existence of the certificate cannot directly determine the existence or non-existence of the substantive legal relationship. Therefore, in the proceedings, the certificate of ownership of an immovable only serves as proof, and in the event that there is other evidence to prove that the actual state of rights in the immovable does not correspond to that recorded in the certificate of ownership of the immovable, the actual state of rights shall be confirmed in accordance with the law»⁶¹.

68. In this judicial opinion, the registration is merely a piece of evidence. In reality, this greatly increases the possibility of deviating from the original standard of property law. According to the legislation on the ownership of real estate, the registration is a constitutive element for the acquisition of real estate. After the registration becomes just an instrument of proof, a convenient door is opened, and the

⁵⁸ *Interpretation I of the Supreme People's Court on Several Issues concerning the Application of the Property Law of the People's Republic of China*, Interpretation No.5 [2016] of the Supreme People's Court.

⁵⁹ W. CHONGFAN/Z. LEI, Appeal Case on Dispute over Ownership Confirmation, No.862 (2008), Final, the Civil Trial of the Beijing Municipal High People's Court.

⁶⁰ L. DEQUAN, *Collection of Judicial Views of the Supreme People's Court*, Civil Vol. III, China Legal Publishing House, 2017, p.243.

⁶¹ Lanzhou Taisheng Real Estate Development Co., Ltd. v. The People's Government of Jingtai District, appeal case regarding dispute over a sales contract, Civil Judgment No.45 (2013) of Supreme Court.

configuration of the true ownership can be recognized outside the register of immovables. In this way, the Supreme People's Court has publicly emphasized the role of the possession of real estate⁶².

4. The ideal of the effectiveness of registration is difficult to be realized in judicial reality

69. The ideal that the legislative doctrine of the effectiveness of registration pursued in its conception is difficult to realize it in judicial reality in the way that remains its original essence. The disadvantage of the role of the registration regarding the transfer of ownership is that it is very easy to deviate due to concurrent circumstances.

70. In some cases that the buyer has already possessed the immovable for a long time, it is very likely that the concept of fairness will have an influence on the judicial decision, making it difficult to fully implement the legislative doctrine of the effectiveness of the registration⁶³. In addition, due to the lack of necessary theoretical content between the contract and the registration as a buffer zone, the judicial precedents that do not conform to that legislative doctrine, and the theories developed with the accumulation of these cases, are the factors that make it more difficult for the application of the legislative doctrine. This leads to directly questioning the effectiveness of the registration in different ways, which in turn leads to damage to the ideal of uniformity and the authoritativeness of the registration.

71. In terms of legislative design, the registration is constitutive. That means, as long as the two elements of the registration and the valid sales contract have been met, the effect of the transfer of ownership of the real estate is determined. Even if the seller has no actual ownership of the immovable, because the seller is the registrant, the buyer is protected by the system of bona fide acquisition and can obtain the ownership. However, the constitutive effect of registration has been weakened in many court cases, which has logically led to the dilution of the value of the registration. The presumption of registration has been changed and its effect has been reduced to *prima facie* proof of ownership.

72. This change will have a secondary effect on judicial practices, especially when there is a third party competing to claim the ownership of the immovable. For example, the court may consider that the effectiveness of the registration should be limited; or that the registrant must first undertake a further burden of proof and add more evidence to prove his ownership in addition to the registration, otherwise the effectiveness of the registration must be denied.

73. On the other hand, that is, in judicial reasoning, the registration is only a *prima facie* evidence, which can possibly lead to a preconceived denial of the registrant as the true owner. And then, since there is already the presupposition that the registrant is not the true owner, there must be some flaws in the registration or the transaction process. Moreover, when the judge believes that some evidence can show the existence of the true owner, he will be more convinced of the existence of possible flaws and they can be justified by the existence of a true owner. If the registrant has noticed this possibility of existence of a true owner, then he was not in good faith; and if the registrant did not notice it, then he was probably at fault. On the one hand, this is an inverse inference aimed at denying the registrant as the owner of the immovable; on the other hand, there may be a circular argument here to some extent.

⁶² L. DEQUAN, *The Collection of the Supreme People's Court's Judicial Rules (2nd)*, Civil Vol. III, China Legal Publishing House, 2014, p.1441.

⁶³ For example, In the case regarding dispute over contract of Shi Lu Ping v. Jiangsu Suo Yi Te Textile Co., Ltd (Civil Ruling No.44[2013], Objection to Enforcement, Changzhou), San Jing Garment Factory claimed that although the real estate had not yet been registered under the name of San Jing Garment Factory, there was no fault of San Jing Garment Factory for not registering the real estate, and San Jing Garment Factory had legally possessed, used and benefited from the real estate in accordance with the contract of real right, and had exercised all the rights of ownership in full, and the real estate was already the legal property of San Jing Garment Factory according to law. After hearing the case, the Court held that Sanjing Garment Factory's objection was valid and should be upheld.

74. One of the fundamental causes of these problems is the contradiction between the registration of real estate and the delivery: the registration has a unique status on the issue of transferring ownership of real estate, while the possession plays an important role in the concept of social justice, but the effect of delivery and possession on this issue is completely ignored by the legislator, leaving only the monologue of the registration on this matter.

75. In the traditional legislative doctrine, in transactions of real estate, the buyer either has title to the immovable after registration or has no title to it without registration. In judicial practices, this criterion is often frustrated. The courts often give the possessor a higher level of protection than that afforded by the contract, even to the extent of going very close to protection of real right. One way to solve the problem is to widen the theoretical space between the contract and the registration, to clarify the relationship between the delivery and the registration of the real estate, and to provide a theoretical basis to adequately protect the interests of the buyer in possession of the real estate without registration.

VARIA

¿Exequatur de la sentencia de divorcio de reagrupado o reagrupante como condición para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar? La relevante doctrina legal del Tribunal Supremo de 2022

Exequatur of the divorce judicial decision of the marriage of husband or wife as a condition to exercise the right to family reunification? The relevant legal doctrine of the Spanish Supreme Court of 2022

SALOMÉ ADROHER BIOSCA*

*Profesora propia ordinaria de Derecho internacional privado
Universidad Pontificia Comillas*

Recibido:16.11.2022 / Aceptado:28.12.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7568

Resumen: En el presente trabajo, analizo el derecho a la reagrupación familiar de extranjeros divorciados y vueltos a casar procedentes de países islámicos, a la luz de dos recientes e importantes sentencias del Tribunal Supremo (TS). El TS ha sentado doctrina legal, afirmando la innecesaridad del exequatur de la sentencia de divorcio del primer matrimonio, para probar que el segundo matrimonio no es poligámico de cara a la solicitud del visado y permiso de residencia por reagrupación familiar.

Palabras clave: Reagrupación familiar, exequatur, efecto probatorio de la sentencia extranjera.

Abstract: In this paper, I analyze the right to family reunification of divorced and remarried foreigners from Islamic countries, in the light of two recent and important Supreme Court decisions. The Court has established legal doctrine affirming the unnecessary exequatur of the divorce decree of the first marriage to prove that the second marriage is not polygamous in the face of the visa application and residence permit for family reunification.

Keywords: Family reunification, exequatur, evidentiary effect of a foreign judicial decision.

Sumario: I. Antecedentes de hecho y resoluciones judiciales.II. Cuestiones de Derecho internacional privado. 1.El Derecho a la reagrupación familiar.2. Efectos probatorios de la sentencia extranjera. 3. La sospecha de poligamia ¿explica la exigencia de exequatur?. III.Consideraciones finales.

*s.adroher@comillas.edu

I. Antecedentes de hecho y resoluciones judiciales

1. La Sala de lo contencioso administrativo (sección 5ª) del TS, se ha pronunciado en 2022 en dos importantes sentencias de abril¹ y mayo², sobre una cuestión muy relevante, acerca de la que había habido ya alguna jurisprudencia menor anterior³ objeto de comentario doctrinal

En síntesis se trataba de determinar si la Administración puede -o no- denegar la reagrupación del cónyuge de un extranjero residente legalmente en España si no acredita que el documento público extranjero legalizado (o apostillado) y traducido en el que consta la sentencia de divorcio de un matrimonio anterior, bien del reagrupante o del reagrupado, debe ser previamente reconocido a través del procedimiento judicial de exequátur para cumplir los requisitos establecidos en la legislación de extranjería.

En ambos casos se trata de varones marroquíes residentes legales en España que solicitan la reagrupación familiar de sus mujeres marroquíes residentes en Marruecos. En la de abril, la divorciada es la mujer reagrupada, en la de mayo el divorciado es el marido reagrupante. Ambos divorcios se pronunciaron en Marruecos respecto de matrimonios anteriores contraídos en ese país. En ambos casos la Delegación del Gobierno deniega el permiso de residencia por reagrupación familiar considerando que el exequatur de la previa sentencia de divorcio es imprescindible. En ambos casos, tanto el juzgado como el Tribunal superior de justicia (TSJ) de Galicia⁴ consideraron que el exequatur no era necesario y el TS confirma estas decisiones judiciales.

2. Llamativamente en ambos casos se trata de marroquíes, y “sobrevuela” la sospecha de poligamia. De hecho, la Administración recurrente cita el art. 53 del Reglamento de extranjería aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril⁵ que prohíbe que “puedan reagruparse a más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial”.

3. En la primera de las sentencias se fija la doctrina del TS con toda claridad distinguiendo el efecto probatorio que tiene la sentencia extranjera como documento público, de su efecto como acto jurisdiccional: “en supuestos como el presente, no es propiamente el reconocimiento y ejecución de una resolución extranjera, (...) sino acreditar que, conforme al Derecho del país de origen (...) el anterior matrimonio que pretende obtener la residencia se encuentra disuelto. (...). De todo lo expuesto ha de concluirse (...), que el permiso de residencia por reagrupamiento familiar de la esposa de un residente legal en España, no requiere el reconocimiento, mediante el procedimiento de exequatur, de los efectos de la resolución que decretó la disolución de un anterior matrimonio de la esposa en su país de origen, sino la prueba plena, conforme a los requisitos legales, del documento en que se decretase dicha disolución; sin perjuicio de los demás requisitos que para dicho reagrupamiento se impone en los preceptos pertinentes de la legislación de extranjería”⁶.

Además, dado que es la mujer la divorciada el TS señala: “no se trata, y es importante destacarlo, de una cuestión de poligamia, admisible en el Derecho marroquí, sino, en su caso de poliandria, que no consta esté autorizada en dicho país”. Y es importante destacarlo porque, como veremos, la regulación que se contiene en nuestra legislación de extranjería está vinculada a aquel primer supuesto”. En la segunda es el varón el divorciado, del que el TS afirma “no se trata de residente extranjero con varias esposas (...), se trata de un varón, solicitante de autorización de residencia temporal por reagrupación

¹ Sentencia núm. 474/2022 de 25 abril. (RJ 2022/2340)..

² Sentencia núm. 595/2022 de 18 mayo (RJ 2022\2424).

³ G. MURCIANO ÁLVAREZ “La necesidad del procedimiento de exequátur en la reagrupación de familiares casados en segundas nupcias”. *SePIN* junio 2022. (<https://blog.sepin.es/2022/07/exequatur-reagrupacion-familiares-casados-segundas-nupcias>)

⁴ TSJ de Galicia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia num.191/2021 de 24marzo (JUR\2021\179107); TSJ de Galicia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia num.155/2021 de 17 marzo (JUR\2021\180278).

⁵ BOE núm. 103, de 30/04/2011.

⁶ El TSJ de Murcia se ha pronunciado pocos días después de la segunda de las sentencias, aplicando esta doctrina en un caso de reagrupación familiar de la esposa de un marroquí divorciado al que la Delegación del Gobierno le solicitaba el exequatur de la sentencia de divorcio marroquí: TSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia núm. 306/2022 de 31 mayo (JUR\2022\213477).

familiar para su esposa e hijo menor, siendo el solicitante el que está casado en segundas nupcias con el nuevo cónyuge para el que solicitaba la residencia”.

4. El TS ya se había pronunciado en 2016 en un caso similar⁷: se trataba de la reagrupación familiar de la esposa de un pakistaní residente legalmente en España. En este caso no existía sentencia de divorcio, pero ante las dudas suscitadas por la documentación presentada por la mujer en el consulado español de Islamabad a efectos de obtener el visado, le instaban a pedir el exequatur... ¡del matrimonio!: El TS es rotundo,⁸: “La sentencia de instancia confunde la homologación de un título ejecutivo o sentencia judicial dictada en el extranjero para que produzca efectos en España con la fuerza probatoria de un documento extranjero para acreditar un hecho, en este caso el matrimonio válidamente celebrado entre la recurrente y el reagrupante en Pakistán. Es cierto que las sentencias y otros documentos con fuerza ejecutiva dictados por una autoridad de un Estado extranjero no constituyen, sin más, un título ejecutivo en España. El reconocimiento de tales títulos ejecutivos para que tengan eficacia en España ha de ser sometida al procedimiento destinado al reconocimiento por parte de un tribunal español, no solo para que pueden ser objeto de ejecución forzosa en España sino también para que pueda desplegar la eficacia de cosa juzgada material o su eficacia constitutiva. Ahora bien, en el supuesto que nos ocupa no se pretendía obtener la ejecución de una sentencia extranjera en España ni su eficacia constitutiva, sino la aportación de un documento extranjero (en este caso una sentencia judicial) para acreditar un hecho (el matrimonio válido entre la recurrente y el reagrupante en Pakistán). En definitiva, el problema no se centra en torno a la eficacia ejecutiva de una sentencia dictada por un tercer estado sino en la fuerza probatoria de un documento extranjero en juicio. La recurrente mediante la aportación de dicha sentencia de un juez paquistaní pretendía tan solo acreditar la autenticidad de su certificado de matrimonio en Pakistán con la finalidad de probar que había contraído un matrimonio válido en dicho país de origen”.

5. Estos casos no son aislados; más de diez sentencias de diversas instancias permiten concluir que las Delegaciones de Gobierno han venido exigiendo el exequatur de sentencias de divorcio extranjeras como condición de conceder la reagrupación familiar a divorciados marroquíes⁹. Incluso, se ha elevado una queja al Defensor del Pueblo por esta cuestión, el cual realiza una recomendación en línea con lo sustentado por el TS¹⁰.

⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia núm. 1893/2016 de 20 julio. (RJ 2016\4384).

⁸ Si bien afirma que el efecto constitutivo y de cosa juzgada también precisa del exequatur, cuando la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil introduce, como veremos, el reconocimiento incidental de tales efectos. La explicación puede estar en la fecha de la primera de las sentencias, pero no hubiera estado de más que el TS expusiera el nuevo marco jurídico de 2015.

⁹ Así es el caso resuelto por la AP de León (Sección 2ª) Auto núm. 45/2019 de 24 mayo (JUR\2019\207652) en el que, sin embargo, lo que se discute es si el marido residente en España está legitimado para solicitar el exequatur del divorcio obtenido por su mujer en Marruecos.

Son también los casos resueltos por los diversos juzgados de lo contencioso administrativo. Es especialmente relevante la jurisprudencia menor del JCA de Murcia, en relación a parejas marroquíes: Sentencias núms. 8/2018 de 18 enero (JUR\2020\163998) 32/2018 de 13 febrero (JUR\2020\168745); 46/2018 de 23 febrero (JUR\2020\163554); 68/2018 de 20 marzo (JUR\2020\162324); 38/2019 de 27 febrero (JUR\2020\164051); 240/2019 de 31 octubre (JUR\2020\163778).

También se han dictado varias sentencias en el mismo sentido por el JCA de Cuenca en relación a dos marroquíes: núm. 142/2018 de 4 julio (JUR\2020\153422), 243/2019 de 11 junio (JUR\2020\154857), y 262/2019 de 1 julio (JUR\2020\154864); y una del JCA de Guadalajara: 22/2019 de 17 de enero (JUR/ 2020\156827), también en relación a dos marroquíes.

Finalmente, se ha dictado una sentencia por el JCA de Toledo (núm. 84/2019 de 26 abril (JUR\2020\267949)) en relación a dos marroquíes en la que, sin embargo, el juzgado desestima el recurso del ciudadano marroquí por incumplir los plazos de la normativa contencioso administrativa, pero no responde a la cuestión de la innecesaridad del exequatur.

¹⁰ El compareciente se muestra disconforme con la resolución dictada por esa Subdelegación del Gobierno que ha acordado tenerle por desistido del procedimiento de reagrupación familiar iniciado a favor de su esposa e hijos y archivar las actuaciones, al no haber aportado la documentación que le ha sido exigida.

En particular, por parte de la Oficina de extranjeros se le requirió: “...resolución judicial extranjera firme que fije la situación de su esposa anterior y familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión compensatoria al cónyuge y los alimentos para los hijos menores o mayores dependientes de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del RLOEXT, resolución que deberá estar reconocida a través del procedimiento de exequatur regulado en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (...).” El Defensor del Pueblo recomienda Retrotraer las actuaciones en el expediente de reagru-

II. Cuestiones de Derecho internacional privado

6. Son tres las cuestiones de Derecho internacional privado presentes en el caso: el derecho a la reagrupación familiar, y sus limitaciones, los efectos probatorios de la sentencia extranjera como documento público, y la “posible” poligamia como telón de fondo.

1. El Derecho a la reagrupación familiar

7. El Derecho español regula la reagrupación familiar de forma diversa en caso de que el reagrupante sea español o ciudadano de la UE o no¹¹.

8. Si el reagrupante es español o ciudadano de la UE, la norma reguladora en España (derivada de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros) es el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que señala que el régimen especial de familiares de ciudadanos comunitarios se aplica, entre otros, a “su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio” (art. 3 d), y estos familiares se benefician del derecho a la libre circulación y residencia¹².

9. En el caso de que el reagrupante no sea español o ciudadano de la UE, como son los supuestos resueltos en las dos sentencias analizadas, el derecho a la reagrupación familiar se regula (tal y como prevé el art. 5.2. de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar), en los arts. 16 y 17 de la Ley Orgánica 4/2000 (y 39 y siguientes del Reglamento de Extranjería)¹³. En particular, son relevantes los arts. 17 de la Ley y 53 del Reglamento¹⁴.

pación iniciado por el interesado, revocar la resolución de archivo y dictar una nueva resolución concediendo la autorización de residencia temporal a su esposa”. <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/retrotraer-las-actuaciones-en-el-expediente-de-reagrupacion-iniciado-por-el-interesado-revocar-la-resolucion-de-archivo-y-dictar-una-nueva-resolucion-concediendo-la-autorizacion-de-residencia-tempora/>

¹¹ Algunos relevantes estudios sobre la reagrupación familiar de extranjeros, y sus límites, son los siguientes: R. ARENAS GARCÍA. “Problemas derivados de la reagrupación familiar”. *Anuario español de Derecho internacional privado* 2005 Vol. 5, pp. 269-308 y ss; y de M. VARGAS GÓMEZ.URRUTIA sus numerosas y valiosas publicaciones en la materia: *La reagrupación familiar de los extranjeros en España: normas de extranjería y problemas de derecho aplicable*. Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2006; “La reagrupación familiar de los extranjeros en el derecho comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el derecho comunitario”. En A. CALVO CARAVACA Y E. CASTELLANOS RUIZ (Coords.) *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales* Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 819-844; “De Estrasburgo a Luxemburgo: lugares comunes, encuentros y desencuentros en el derecho a la reagrupación familiar”. En F. ALDECOA LUZARRAGA Y J.M. SOBRINO HEREDIA *Migraciones y desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, Madrid, Marcial Pons 2016 pp. 581-60; “Los estatutos de residencia familiar de los extranjeros y el impacto de la ruptura del vínculo sobre la residencia” en M. GUZMÁN ZAPATER Y M. HERRANZ BALLESTEROS (DIRS.) *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos: derecho español y de la Unión Europea estudio normativo y jurisprudencial* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 965-995.

¹² BOE núm. 51, de 28/02/2007.

¹³ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12/01/2000).

¹⁴ Art. 17 de la Ley: “El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares: a) El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial.” (...) El extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia. En la disolución por nulidad, deberán haber quedado fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes, así como la indemnización, en su caso”. Art. 63 del Reglamento: El extranjero podrá reagrupar con él en España a los siguientes familiares: a) Su cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge,

10. Son tres las cuestiones relevantes previstas en estas normas:

En primer lugar, el titular del derecho de reagrupación es el extranjero residente. Si es un varón que tiene varias esposas en aplicación de su ley nacional, solo podrá reagrupar a una de ellas, que no necesariamente debe ser la primera. Esta admisión “indirecta” de la poligamia es una manifestación del orden público atenuado. Es decir, la segunda esposa de un residente en España, tanto por el régimen general como por el comunitario, podría beneficiarse, con condiciones, de la reagrupación familiar.

En segundo lugar, si el reagrupante está divorciado, lo que exige la ley es que *si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia*. Como señala en TS en la segunda de las sentencias, “en supuestos como el presente, no es propiamente el reconocimiento y ejecución de una resolución extranjera, que es lo que requiere el procedimiento de exequatur que se regula en los artículos 41 y siguientes de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil; sino acreditar que, conforme al derecho del país de origen del reagrupante y reagrupada-Marruecos-, el anterior matrimonio del solicitante y de la esposa que pretende obtener la residencia se encuentra disuelto, con la extensión que se requiere en los mencionados preceptos”.

En tercer lugar, si es el reagrupado el divorciado (esposa en la primera de las sentencias), lo que exige el precepto es que acredite su relación familiar, pero en modo alguno se refiere a sus divorcios anteriores¹⁵.

11. Por tanto, los errores cometidos por las Delegaciones del Gobierno son varios. En primer lugar se aplica al reagrupado divorciado una exigencia no prevista en la ley; en segundo término, al reagrupante divorciado, respecto del cual la ley prevé que se justifique *que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico*, la autoridad gubernativa traduce esta exigencia en un exequatur de la sentencia de divorcio, pero solo en los casos de reagrupantes islámicos (y no de argentinos, estadounidenses o filipinos), por si están pretendiendo reagrupar a la segunda mujer de un matrimonio poligámico, cuando, en tercer lugar, en la legislación de extranjería se permite reagrupar a una sola mujer de un matrimonio realmente poligámico aunque sea la segunda. Todo un cúmulo de interpretaciones y exigencias que retuercen el sentido del texto legal, son contradictorias y claramente discriminatorias.

2. Efectos probatorios de la sentencia extranjera

12. Una sentencia extranjera es un documento público que puede desplegar efectos al margen de un procedimiento de reconocimiento o de exequatur. Como documento público tiene eficacia directa, únicamente sometida a la traducción, a la legalización o apostilla, en su caso, y a su no contrariedad

aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la disolución de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los hijos menores o mayores dependientes.

¹⁵ Como se señala en la sentencia: *Si nos atenemos al tenor literal del precepto debe dejarse constancia, lo cual no parece responder a la argumentación del recuso, que el precepto impone que si el residente legal en España había celebrado un anterior matrimonio, esté estuviera disuelto, a los efectos de que solo se pudiera reagrupar “ más de un cónyuge “, no se centra la regulación en que quien hubiese celebrado una anterior matrimonio fuera el cónyuge que pretender reagrupar, que es el caso de autos, lo cual, si bien en base al principio de orden público, nada impide extender a tales supuestos dichas exigencias, es lo cierto que la argumentación del debate casacional difiere sustancialmente. Porque, conforme a esa normativa expuesta, en modo alguno se condiciona el otorgamiento de la residencia temporal al cónyuge sin haber acreditado la disolución del anterior matrimonio, sino que si conforme a la “ ley personal del extranjero “ se permite la posibilidad de varias esposas --como es el caso del ordenamiento del Reino de Marruecos--, lo que no podrá concederse es el permiso de residencia a “más de un cónyuge”. Pero ha de insistirse que en el caso de autos no se trata de residente extranjero con varias esposas, sino todo lo contrario, como hemos dicho. En suma, lo que se postula, a la vista de la normativa aplicable, es que sería contrario al orden público que la esposa actual que pretende obtener la residencia por reagrupamiento, mantenga una simultánea relación conyugal con un tercero en su país de origen, lo cual no está ni en las previsiones ni en la letra de los preceptos mencionados.*

con el orden público español (art. 144 y 323 LEC). Los efectos que produce son los probatorios de los hechos procesales o extraprocesales reconocidos en ella, y también del derecho o situación creada en la misma. Así se prevé en Derecho español¹⁶, pero también en otros sistemas jurídicos, como es el caso, por ejemplo, del peruano¹⁷.

13. Así lo ha señalado, por ejemplo, la sala de lo civil del TS en su sentencia núm. 463/2001 de 14 mayo¹⁸ en la que, en relación a una declaración de herederos abintestato, se tiene por probada la condición de hija extramatrimonial de una hija reconocida por el causante en sentencia dictada por los tribunales de Venezuela. El TS afirma: “en caso alguno, se ha procedido por parte de la resolución recurrida a ejecutar una resolución previa de los Tribunales de Venezuela, sino, que, planteándose a la decisión del Tribunal «a quo», el problema litigioso de que si la actora era o no hija extramatrimonial del causante de las codemandadas, es evidente, pues, que como uno de los elementos para integrar su convicción, haya tenido en cuenta el contenido documental de esas actuaciones que como prueba instrumental estaba incorporada al proceso; sin que, en caso alguno, ello suponga ejecutar una resolución por parte de un Tribunal extranjero sin que se cumplan preceptivamente las exigencias formales del correspondiente exequatur”.

14. También es un buen ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial (AP) de Lleida núm. 105/2018 de 8 marzo¹⁹ en la que, tras el fallecimiento de la ex cónyuge e hija de un marroquí en un accidente de circulación, se señala que para valorar si quien fue su marido tiene derecho a una indemnización por la muerte de ambas, no se requiere del exequatur de la sentencia de divorcio dictada en Marruecos habida cuenta de que no se solicita que surta efectos en territorio nacional, sino que simplemente se pretende acreditar su contenido a efectos de determinar la titularidad de tal derecho.

15. Por tanto, la condición de hijo, de cónyuge, de ex cónyuge, de divorciado, etc... es decir, todas las cuestiones relativas al estado civil que generan derechos en otros ámbitos (seguros, sucesiones o extranjería, en los ejemplos elegidos) reconocidos o establecidos en una sentencia extranjera, pueden probarse aportando dicha sentencia legalizada y traducida, y no es preciso su previo exequatur para solicitar el efecto pretendido.

16. Sin embargo, ha habido alguna sentencia, y parte de la doctrina, que consideran que el efecto probatorio únicamente se refiere a los hechos probados en la sentencia y no se extiende a la parte dispositiva de la misma. Es el caso de la sentencia de la AP de Lugo núm. 316/2004 de 23 septiembre²⁰: una sentencia guatemalteca posteriormente inscrita en el Registro civil (RC) de ese país, declara a una mujer como hija de un hombre español, y ella la aporta ahora en España como prueba para fundamentar su condición de heredera de su padre²¹. La AP exige el exequatur argumentando que el efecto probatorio “solamente se extiende a los hechos que constan en tal documento, pero no a la parte dispositiva de la

¹⁶ La doctrina española suele abordar esta cuestión refiriéndose a los efectos probatorios del documento público extranjero. Así, A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.) *Tratado de Derecho internacional privado*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 1173 y ss. C. ESPLUGES MOTA, G. PALAO MORENO Y JOSE LUIS IGLESIAS BUHIGUES. *Derecho internacional privado* 16 ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp.356-361; M GUZMÁN ZAPATER (Dir.) *Lecciones de Derecho internacional privado*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 181-6; J. GARCIMARTIN ALFÉREZ. *Derecho internacional privado*. Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2016, p 234 y ss. J. C. FERNANDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO *Curso de Derecho internacional privado* Madrid, Civitas, 1996, pp. 517 18; RODRIGUEZ BENOT, A. (Dir.) *Manual de Derecho internacional privado*, 9ª Ed. Madrid, Tecnos 2022, p. 100.

¹⁷ E.E. PESO AREVALO. “Eficacia de las sentencias extranjeras no sometidas a exequátur”. *Derecho y sociedad* 26, pp 329-336.

¹⁸ RJ 2001\6203.

¹⁹ JUR 2019\68929.

²⁰ JUR 2004\286867.

²¹ *Para fundamentar y probar tal condición de heredera de D. Rosendo, acompaña a su demanda toda una serie de documentos, entre los cuales se encuentra una sentencia obtenida por la demandante en Guatemala, debidamente legalizada, en cuya parte dispositiva se establece que «Dª Alicia es hija de D. Rosendo y puede usar su apellido». A su vez, dicha sentencia tuvo acceso al Registro Civil de la ciudad de Quetzaltenango (República de Guatemala), de modo que, en tal Registro, y por medio de anotación marginal, procedió a inscribir la parte dispositiva de la resolución antes citada.*

*misma, la cual, en cuanto decisión judicial propiamente dicha, ha de ser previamente reconocida*²². Es evidente que las dos sentencias del TS comentadas, rebaten esta interpretación limitativa del efecto probatorio: en una sentencia de divorcio, el divorcio es precisamente la parte dispositiva, y dicha parte de la sentencia, como señala el TS, surte efectos probatorios sin exequatur, y lo mismo sucede con una sentencia que declara una filiación.

17. En todo caso, tras la entrada en vigor en España de la Ley 29/2015 de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil²³ que solo exige el exequatur para la ejecución de sentencias extranjeras, y prevé el reconocimiento incidental para los efectos de cosa juzgada, constitutivo y registral, exigir el exequatur para el efecto probatorio, se antoja un disparate mayúsculo y todavía más grosero, que demuestra el desconocimiento absoluto del sistema español de Derecho internacional privado, o quizá, como señalo en el siguiente epígrafe, un afán interesado de añadir requisitos innecesarios y piedras en la rueda, al ejercicio de un derecho fundamental²⁴.

3. La sospecha de poligamia ¿explica la exigencia de exequatur?

18. Llama poderosamente la atención que todas las sentencias analizadas se refieren a marroquíes, y no aparecen, en cambio, casos referentes a nacionales de otros países no islámicos. Además, si se consultan los impresos oficiales que deben presentarse para solicitar la reagrupación familiar, se señala, en relación al reagrupante divorciado, que debe presentar copia de la sentencia de divorcio, pero en ningún caso se alude a su necesario exequatur²⁵.

19. Por tanto, parece claro que la sospecha de la poligamia es el telón de fondo de esta exigencia “selectiva” del exequatur de sentencias de divorcio extranjeras, cuando el reagrupante es nacional de un país que permite la poligamia. Con independencia de que esta evidente discriminación no tiene consistencia constitucional e internacional, sobre todo desde la perspectiva del Convenio Europeo de Derechos humanos, la sospecha infundada de una “poligamia potencial” no es nueva en España. He tratado esta cuestión en dos recientes trabajos²⁶, en los que pongo en evidencia que esta doctrina ya superada en países de nuestro entorno tiene, sin embargo, una relevante acogida en España. Ello produce, entre otras cuestiones, una discriminación infundada hacia la mujer reagrupada que es el miembro vulnerable en estos casos, además de una falta de protección jurídica a la familia ordenada por el art. 39 de la Constitución²⁷.

20. Precisamente, en materia de protección de la familia, el TEDH ha declarado que el artículo 8 del CEDH no garantiza el derecho de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado. Sin embargo, excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede

²² Así lo afirman también J. C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, op. cit. “el efecto probatorio (no) cubre el fallo o parte dispositiva de la sentencia, sino, únicamente los elementos de hecho que se consideran probados. Ello permite reconocer el efecto probatorio de una sentencia, aun cuando el efecto de cosa juzgada, ejecutivo o constitutivo de la misma, no pudiese obtenerse”.

²³ BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

²⁴ El nuevo sistema instaurado por la LCJIMC se analiza en diversas publicaciones. Además de los manuales ya citados, puede verse en F. GASCÓN INCHAUSTI. “Reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 158-187. Como se ha señalado A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.) *Tratado..* op. cit. p. 920, son méritos de esta Ley, en contraste con la regulación anterior, la transparente y completa distinción entre reconocimiento y exequatur así como la admisión del reconocimiento incidental.

²⁵ https://www.mptfp.gob.es/portal/delegaciones_gobierno/delegaciones/madrid/servicios/extranjeria.html

²⁶ S. ADROHER BIOSCA. “Efectos de los matrimonios poligámicos en España”. *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, abril 2021, nº 97, nº 78, págs. 749-777; S. ADROHER BIOSCA. “Poligamia potencial: orden público y derechos fundamentales”. En A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.) *El Derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*. Pamplona, ARANZADI, 2022, pp. 101-115.

²⁷ A. LARA AGUADO, “Discriminaciones visibles e invisibles en derecho internacional privado, Nuevos retos para la perspectiva de género”. En A. SALINAS DE FRÍAS Y E. MARTÍNEZ PÉREZ, (DIRS.). *La Unión Europea y los muros materiales e inmateriales. Desafíos para la seguridad y la sostenibilidad y el estado de Derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 89-114.

constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por dicho precepto. Tal injerencia infringe el CEDH si no cumple los requisitos del apartado 2 del mismo artículo, a saber, que esté “prevista por la ley” y motivada por una o más finalidades legítimas con arreglo a dicho apartado, y que, “en una sociedad democrática, sea necesaria”, es decir, que esté “justificada por una necesidad social imperiosa” y sea, en especial, proporcionada a la finalidad legítima perseguida²⁸. Es evidente, que en los casos que nos ocupan, la exigencia de exequatur no cumple varios de estos requisitos.

III. Consideraciones finales

21. Como señalé hace ya años, el derecho a contraer matrimonio en contextos de emigración, puede tener dos grandes obstáculos: las diversas concepciones sobre el matrimonio de los Estados de origen y de destino de los emigrantes, y la interferencia de las normas de extranjería y nacionalidad sobre dicho derecho²⁹. En el caso de la reagrupación familiar de marroquíes divorciados, al igual que en el tratamiento de la poligamia potencial, estos obstáculos son clarísimos, y tienen un evidente componente de incomprensión o intolerancia cultural, y una motivación de control de fronteras indudable³⁰.

22. Las dos sentencias comentadas establecen una importante doctrina legal que señala la innecesidad del exequatur de la sentencia de divorcio extranjera como condición para solicitar la reagrupación familiar cuando reagrupante o reagrupado son divorciados. Es una doctrina que precisa el alcance del derecho a la reagrupación familiar, y además contribuye a aclarar el efecto probatorio de las sentencias extranjeras como documento público.

²⁸ Sentencias de 11 de julio de 2002, Carpenter, C-60/00, Akrich, C-109/01. Puede verse in extenso en EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life, home and correspondence*. Updated on 31 August 2022. https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Immigration_ENG.pdf

²⁹ S. ADROHER BIOSCA. “El derecho a contraer matrimonio en la emigración”. *Migraciones* 0. 1996, pp. 107-131.

³⁰ P. DIAGO DIAGO “El islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar”. *Revista electrónica de estudios internacionales* 2015, 30, pp.1-29.

Proceso monitorio europeo e interrupción de plazos procesales
por la pandemia causada por el Covid-19. A propósito
de la STJUE de 15 de septiembre de 2022, C-18/21,
*Uniqa Versicherungen AG c. VU**

Order for payment procedure and interruption of procedural
periods for the pandemic created for the Covid-19. On purpose
of the CJEU Judgment of 15 September of 2022 C-18/21,
Uniqa Versicherungen AG c. VU

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

Profesora titular de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5639-2301

Recibido:22.12.2022 / Aceptado:24.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7570

Resumen: El objetivo de este trabajo es analizar la sentencia del TJUE de 15 de septiembre de 2022, C-18/21, *Uniqa Versicherungen AG c. VU*. Esta resolución es la última que ha dictado el TJUE en relación al Reglamento 1896/2006, por el que se establece el proceso monitorio europeo. En atención a una cuestión prejudicial que remite el Tribunal Supremo de lo civil y penal austriaco, el TJUE debe resolver si una Ley nacional austriaca que interrumpía los plazos procesales para los procesos civiles en Austria podía también aplicarse al proceso monitorio europeo. El TJUE en base al principio de autonomía procesal de los Estados miembros resuelve de forma positiva a esta cuestión.

Palabras clave: Proceso monitorio europeo, principio de autonomía procesal, Covid-19, interrupción de plazos procesales.

Abstract: The main purpose of this paper is to analyze the CJEU judgment of September 15, 2022, C-18/21, *Uniqa Versicherungen AG v. VU*. This resolution is the last that the CJEU has established in relation to Regulation 1896/2006, which regulated the European order for payment process. In response to a prejudicial question referred by the Austrian Supreme Civil and Criminal Court, the CJEU must decide whether an Austrian national Law that interrupted the procedural periods for civil proceedings in Austria could also be applied to the European order for payment procedure. The CJEU, based on the principle of procedural autonomy of the Member States, resolves this issue positively.

Keywords: Order for payment procedure, principle of procedural autonomy, Covid-19, interruption of procedural periods.

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación 2020/00433/001 EPUC3M10: “Los retos del Derecho internacional privado en tiempos de crisis internacional y medidas laborales ante la Covid 19”, cuya investigadora principal es ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, del programa de excelencia para el profesorado universitario del convenio plurianual entre la administración de la Comunidad de Madrid y la Universidad Carlos III de Madrid para la regulación del marco de cooperación en el sistema regional de investigación científica e innovación tecnológica 2018-2024.

Sumario: I. Introducción. II. Aproximación al proceso monitorio europeo. III. Análisis de la STJUE de 15 de septiembre de 2022, C-18/21, *Uniqa Versicherungen AG c. VU*. 1. Hechos del caso. 2. Problema jurídico. 3. Solución del TJUE. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. El objeto de este trabajo es el estudio de la última resolución del TJUE¹ sobre el *Reglamento 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo*²(en adelante, RPME), el cual fue modificado en 2015 por el *Reglamento*

¹ Sobre el Reglamento 1896/2006 mediante el que se instaura el proceso monitorio europeo no hay mucha jurisprudencia del TJUE, las sentencias dictadas hasta el momento (y que tengamos conocimiento) serían las siguientes: STJUE 13 diciembre 2012, C-215/11, *Iwona Szyrocka*, ECLI:EU:C:2012:794; STJUE 13 de junio 2013, C-144/12, *Goldbet 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.

² DOUE núm. 399, de 30 de diciembre de 2006. Sobre este Reglamento *vid* en la doctrina, F. ALBA CLADERA, “Armonización de la técnica monitoria en Europa. El proceso monitorio europeo como punto de partida”, *CDT*, vol. 12, n.º 2, pp. 1217-1242; I. ANTÓN JUÁREZ, *Litigación Internacional en la Unión Europea VI. El proceso monitorio europeo*, Aranzadi, Navarra, 2022; J. M. ARIAS RODRÍGUEZ/MJ. CASTÁN PÉREZ, “Breves notas críticas sobre el proceso europeo de escasa cuantía regulado en el Reglamento (CE) 861/07”, *Revista del poder judicial*, 2007, núm. 85, pp. 11-34; A. I. BLANCO GARCÍA, “Las dificultades prácticas de la determinación del tribunal competente en el proceso monitorio europeo”, *CDT*, 2017, pp. 615-622; J. P. CORTES DIEGUEZ, “El proceso europeo de escasa cuantía”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 755, 2008; J. P. CORREA DEL CASSO, *El proceso monitorio europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2008; *Id.*, *El proceso monitorio de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2000; L. DOMÍNGUEZ RUIZ, *Reclamación de Deudas Transfronterizas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “La reforma de los procesos monitorio y de escasa cuantía”, *La Ley Unión Europea*, n.º 33, enero 2016, pp. 1-5; A. K. FABIAN, *Die Europäische Mahnverfahrensverordnung im Kontext der Europäisierung des Prozessrechts*, Jena, Jenaer Wiss. Verl.-Ges., 2010; 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, n.º 36, 2016; S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el proceso monitorio europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2008; L. GÓMEZ AMIGO, *El proceso monitorio europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2008; *Id.*, “La evolución del proceso monitorio. En particular, su reforma por la ley 42/2015, de 5 de octubre”, *Práctica de tribunales*, Wolters Kluwer, n.º 126, 2017, pp. 1-18; M^a. I. GONZÁLEZ CANO, “Aproximación al Reglamento (CE) n.º 1896/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 10, 2007; *Id.*, *Proceso monitorio europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; E. GUINCHARD, “¿Hacia una reforma falsamente técnica del reglamento sobre el proceso europeo de escasa cuantía y superficial del proceso monitorio europeo?”, *AEDipr*, n.º 13, 2013, pp. 279-308; S. GUZZI, “La proposta di regolamento istituyente il procedimento di ingiunzione europea: prime osservazioni”, *Diritto del Commercio internazionale*, 2006, pp. 137-156; M. GUZMÁN ZAPATER (Dir), *Lecciones de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 85-90; 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; B. KRESSE, “Das Europaisches Mahverfahren”, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, n.º 12, 2008; M^a. LÓPEZ DE TEJADA/L. D’AVOUT, “Les non-dits de la procédure européenne d’injonction de payer (règlement (CE) n.º 1896/2006 du 12 décembre 2006)”, *RCDIP*, 2007, pp. 717-748; F. LÓPEZ SIMÓ/F. GARAU. SOBRINO, *El proceso europeo de escasa cuantía. Comentarios al Reglamento (CE) n.º 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007*, Dykinson, Madrid, 2010; M.J. LUNAS DÍAZ, “Aproximación comparada a los Reglamentos de reclamación internacional de deuda: problemas de interacción”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2020; C. MARINHO, *A Cobrança de Créditos na Europa. Os Processos Europeus de Injunção e Pequenas Causas*, 2012; C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, *Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2020; A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos en la Unión Europea: El Proceso Monitorio Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; J. PICÓ I JUNYÓ/F. ADÁN DOMÉNECH, *La tutela judicial del crédito. Estudio práctico de los procesos monitorios y cambiarios*, Bosh, Barcelona, 2005; A. RODÉS MATEU, *El proceso monitorio europeo*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021; A. ROMERO GALLARDO, “El nuevo proceso monitorio europeo”, *Noticias de la UE*, n.288, 2009, pp. 95-115; C. SANTALÓ, “Bondora: another brick in the proceduralization of the consumers’ substantive rights”, *CDT*, Vol. 12, n.º 2, pp. 1187-1198; 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, n.º 2, 2017, pp. 725-736.

(UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015³, es decir, STJUE de 15 de septiembre de 2022, C-18/21, *Uniq Versicherungen AG c. VU*⁴. Esta sentencia debe en esencia resolver una cuestión prejudicial que remite el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal austriaco (*Oberster Gerichtshof*) en la que se planteaba si una norma nacional austriaca que suspendía los plazos procesales en los momentos más duros de la pandemia causada por el virus Covid-19 se podía aplicar también al proceso monitorio europeo en atención al art. 26 RPME. Esta duda surgía debido a que el RPME no regula nada sobre la interrupción o suspensión del plazo de 30 días que dispone el demandado para oponerse al requerimiento europeo de pago conforme al art. 16.2.

2. El planteamiento de esta cuestión prejudicial planteaba dos escenarios:

- 1) Si la respuesta era positiva, es decir, se podía aplicar la Ley austriaca al proceso monitorio europeo que interrumpía o suspendía plazos procesales implicaba que el plazo de 30 días que tiene el demandado conforme al art. 16.2 para oponerse al requerimiento europeo de pago se suspendía durante cinco semanas tal y como señalaba la *lex fori*. Por lo tanto, si se suspendía tal plazo para oponerse al requerimiento europeo de pago, una vez puesta en marcha la actividad judicial de nuevo en Austria transcurridas esas cinco semanas, el demandado podía oponerse al requerimiento europeo de pago en virtud del art. 16 RPME.
- 2) Si la respuesta era negativa, es decir, no se podía aplicar la Ley austriaca que suspendía plazos procesales esto implicaba que el demandado ya no podía oponerse al requerimiento europeo de pago debido a que el plazo para hacerlo ya había transcurrido. Esta interpretación implicaba ir un paso más allá y tener presente el art. 20 RPME. Precepto previsto para la revisión del requerimiento europeo de pago en casos excepcionales. La cuestión que se planteaba es que si el demandado no había podido oponerse al requerimiento europeo de pago por causas ajenas a su voluntad debido a que los juzgados austriacos no estaban operativos debido a una pandemia mundial si se podía considerar dicha situación una causa subsumible en el apartado 1 letra b del art. 20 RPME.

3. Una vez identificado qué debe interpretar el TJUE consideramos que este comentario debe dividirse en dos partes. En la primera parte abordaremos una breve aproximación al proceso monitorio europeo con el fin de que se comprenda la importancia de la respuesta del TJUE para la aplicación en la práctica del RPME. En la segunda parte nos centraremos en el análisis de la sentencia del TJUE de 15 de septiembre de 2022.

II. Aproximación al proceso monitorio europeo

4. El proceso monitorio europeo persigue que las deudas derivadas de un crédito transfronterizo puedan reclamarse y cobrarse con mayor facilidad y en menos tiempo por parte de los ciudadanos europeos. La morosidad es un lastre que presenta repercusiones tanto desde una perspectiva privada como pública y que no sólo afecta a las personas involucradas directamente, en realidad nos afecta a todos. Un ejemplo muy particular permitirá entender algunos los efectos de la morosidad: si una empresa tiene créditos sin cobrar será menos solvente y podrá contratar a menos personas, pagará peor a los empleados que ya trabajan para ella, o incluso en casos más extremos, no podrá hacer frente a cuotas de la Seguridad

³ DOUE núm.341/1, de 24 de diciembre de 2015.

⁴ STJUE de 15 de septiembre de 2022, C-18/21, *Uniq Versicherungen AG c. VU*, ECLI:EU:C:2022:682. Para comentarios sobre esta sentencia previos al presente trabajo *vid. ad ex.* E.Alina Ontanu, “CJEU Rules Covid-19 Legislation May Postpone EU Uniform Time Limits”, disponible en <https://epil.org/2022/10/11/cjeu-rules-covid-legislation-may-postpone-eu-uniform-time-limits/> (consultado el 15 de enero de 2022); L.GÓMEZ AMIGO, “Aplicación al proceso monitorio europeo de normativa nacional que interrumpió los plazos procesales en materia civil debido a la pandemia del Covid-19”, *La Ley Unión Europea*, No 108, Noviembre de 2022.

Social. Sin contar que esta empresa no querrá volver a relacionarse con otra que no sea de su país por temor a tener que enfrentarse a un impago de una empresa de otro Estado europeo. Consecuencia de esto último: menos mercado interior, lo que se traduce en menos libre circulación de personas y de capitales.

Para paliar muchos de los efectos que ocasionan los créditos impagados, el legislador europeo armonizó un proceso que permite reclamar deudas que en principio son incontestadas. Es decir, créditos que el deudor no discute pero que tampoco paga, es decir, créditos “aparentemente” no impugnados por el deudor. Y afirmamos que son “aparentemente” créditos no impugnados porque hasta que no se dicte el requerimiento europeo de pago y se notifique al deudor no se va a conocer la actitud del deudor ante ese crédito que se le reclama vía proceso monitorio europeo. Por lo tanto, una primera característica clave del proceso monitorio europeo es que no es un proceso contradictorio⁵. El demandado no se va a poder defender hasta que se le notifique el requerimiento europeo de pago una vez expedido por la autoridad competente. Sobre este particular vamos a volver debido a la importancia que guarda con el presente asunto.

5. Para aproximarnos al proceso monitorio europeo es necesario tener muy presente los objetivos del legislador con el Reglamento 1896/2006 por el cual se crea el proceso monitorio europeo. Así, con el RPME se crea: i) un procedimiento especial uniforme que da lugar a ii) un requerimiento europeo de pago directamente ejecutivo en cualquier Estado parte del Reglamento.

6. Este procedimiento europeo especial y uniforme se caracteriza por:

- 1) *Ser sumario*. Es un proceso breve y especial, donde lo que se persigue es celeridad para poder tutelar el crédito transfronterizo⁶.
- 2) *Declarativo*. El acreedor lo que consigue con el proceso monitorio europeo es que se declare su deuda por un juez, es decir, un título declarativo que le permitirá cobrar posteriormente.
- 3) *Se invierte el contradictorio*. A diferencia de lo que sucede en un proceso ordinario, en el cual es el acreedor el que debe llevar a cabo todas las acciones posibles para que el proceso continúe, en el proceso monitorio europeo es el demandado el que debe actuar para evitar que el requerimiento europeo de pago se convierta en un título ejecutivo.
- 4) *Técnica monitoria intermedia*. El acreedor al solicitar el requerimiento europeo de pago no tiene que probar documentalmente la deuda, como sucede en procesos monitorios nacionales como el español, el francés o el italiano. A diferencia de lo anterior, el demandante de un proceso monitorio europeo sólo debe describir en el formulario de solicitud la prueba de la que se valdría en el caso de que el demandado se opusiera y la reclamación se tuviera que solventar mediante un proceso ordinario. Aun así, el juez que esté decidiendo sobre una solicitud relativa al proceso monitorio europeo puede pedir más información al acreedor para que le aclare cuáles son las cláusulas contractuales que apoyan su crédito. Todo ello con el objetivo de evitar la sustentación de créditos contra consumidores basadas en cláusulas abusivas⁷.
- 5) *Ser opcional y alternativo*. El acreedor puede utilizar el proceso monitorio europeo para reclamar su crédito transfronterizo, pero también puede acudir a un proceso monitorio na-

⁵ Así también lo afirma el TJUE en la sentencia objeto de comentario, STJUE de 15 de septiembre de 2022, C-18/21, *Uniqqa Versicherungen AG c. VU*, ECLI:EU:C:2022:682, apartado 21.

⁶ 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.

⁷ STJUE 19 diciembre 2019, C-453/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, apartado 54. Sobre esta sentencia *vid.* Para comentarios sobre esta sentencia *vid.* A.BERTHE/A. RIGOLET, “Arrêt « Bondora » : injonction de payer européenne et protection du consommateur”, *Journal de droit européen*, nº 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*, nº 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*, nº 2, 2020, pp. 324-333; C. SANTALÓ, “Bondora: another brick in the proceduralization of the consumers’ substantive rights”, *CDT*, Vol. 12, nº 2, pp. 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

cional o incluso a otro tipo de procedimiento conforme a la *lex fori*. El proceso monitorio europeo es una opción más, no una obligación para el acreedor⁸. Además, otra característica que fue muy discutida cuando se estuvo elaborando el proceso monitorio europeo fue si su aplicación iba a ser a todo tipo de reclamación, con independencia de que se tratase de un supuesto transfronterizo. Finalmente, el legislador europeo tuvo que decantarse por la opción que implicó que el proceso monitorio europeo se aplique exclusivamente a aquellos asuntos que presenten carácter transfronterizo⁹. Así, la consecuencia es que el proceso monitorio europeo no prevalece sobre el proceso monitorio nacional u otro tipo de procesos vigentes en el Derecho del foro.

7. Por lo tanto, debido a que el demandado tiene constancia del proceso monitorio europeo una vez que se ha dictado el requerimiento europeo de pago. La notificación es un aspecto clave del proceso para salvaguardar los derechos del demandado. Esto es así porque en ese momento desde que se le notifica es cuando el demandado debe decidir entre las diferentes opciones con las que cuenta, que son: 1) Oponerse al requerimiento europeo de pago conforme al art. 16 RPME; 2) Pagar la deuda; 3) Ni pagar ni oponerse.

8. Si el deudor decide oponerse, cuenta con un plazo de 30 días, el cual se computa siguiendo el Considerando 28 del RPME que remite 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 términos*¹⁰ y donde se señala que se deberán tener presente los días feriados de los Estados miembros. Por lo tanto, este particular diferirá entre los Estados miembros, ya que no hay coincidencia en los días feriados. Si el demandado se opone, el proceso monitorio europeo acaba. Lo que implica que la reclamación de la deuda se resuelva en un proceso ordinario (salvo que el demandante se oponga de forma expresa en su solicitud).

9. Sin embargo, si el demandado mantiene una actitud pasiva, ni se opone ni contesta, el requerimiento europeo de pago se convertirá en un título ejecutivo. Los motivos de revisión que se prevén en el art. 20 se han interpretado restrictivamente y no se conciben como una opción extra para que el demandado se oponga una vez que ya no puede hacerlo porque el plazo de oposición del art. 16.2 ha transcurrido. La naturaleza del recurso de revisión del art. 20 y de la oposición del art. 16 son totalmente diferentes¹¹.

III. Análisis de la STJUE de 15 de septiembre de 2022, C-18/21, *Uniqä Versicherungen AG c. VU*

1. Hechos del caso

10. La empresa aseguradora *Uniqä Versicherungen* con sede en Alemania interpone ante tribunales austriacos *Bezirksgericht für Handelssachen Wien* (Tribunal de Distrito de lo Mercantil de Viena, Austria) un requerimiento europeo de pago para reclamar un crédito a un ciudadano con residencia en Austria (VU) el 6 de marzo de 2020. Este requerimiento europeo de pago se notificó al demandado el 4 de abril de 2020. El demandado interpone la oposición a dicho requerimiento europeo de pago el 18 de mayo de 2020. El tribunal austriaco desestima la oposición al considerar que no se había interpuesto

⁸ Considerandos 8 y 10 RPME.

⁹ El RPME considera que un asunto es transfronterizo cuando al menos una de las partes tiene su domicilio o residencia habitual en un Estado distinto a aquél al que pertenezca el órgano jurisdiccional al que se le ha presentado la solicitud de requerimiento europeo de pago.

¹⁰ DOCE núm. 124, de 8 de junio de 1971.

¹¹ Conclusiones del Abogado General Sr. A.M COLLINS en sus Conclusiones presentadas el 31 marzo de 2022, ECLI:EU:C:2022:245, apartado 46.

dentro del plazo de 30 días como establece el art. 16.2 RPME¹². Sin embargo, el demandado recurre la decisión ante el *Handelsgericht Wien* (Tribunal de lo Mercantil de Viena, Austria), debido a que entiende que el plazo de 30 días había quedado interrumpido por la Ley austriaca que entró en vigor para suspender los plazos procesales durante cinco semanas (del 22 de marzo al 30 de abril de 2020) que coincidía con los momentos más duros de la pandemia causada por el Covid-19. Este tribunal da la razón al demandado y el demandante recurre en casación ante el Tribunal Supremo austriaco. El cual es el que pregunta al TJUE la cuestión que es objeto de la sentencia que analizamos.

2. Problema jurídico

11. La cuestión sobre la que debe resolver el TJUE es si la Ley nacional austriaca en su art. 1.1 mediante la cual se suspenden o interrumpen los plazos procesales durante cinco semanas en el ordenamiento austriaco podría ser aplicable también al proceso monitorio europeo. Ante la ausencia de regulación al respecto en el propio RPME, la aplicación de esta norma nacional austriaca implicaría que el plazo de oposición de 30 días hubiera quedado interrumpido del 22 de marzo al 30 de abril, y que por lo tanto, el plazo del demandado UV para poder oponerse al requerimiento europeo de pago que le notificaron el 4 de abril de 2020 empezaría a contar desde el 1 de mayo de 2020. Momento en el que deja de aplicarse la Ley austriaca de carácter excepcional para hacer frente a los momentos más duros de la pandemia.

12. El TJUE tiene dos opciones para afrontar este problema jurídico:

- 1) Opción 1: aplicar el art. 26 RPME. Esto implica que se pueda aplicar la Ley nacional austriaca, y que por lo tanto, el plazo para oponerse haya quedado interrumpido durante cinco semanas y que el demandado no haya llegado tarde a oponerse.
- 2) Opción 2: aplicar el art. 20.1. letra b. Si la Ley austriaca que interrumpía los plazos procesales no se podía aplicar al proceso monitorio europeo, el deudor austriaco había interpuesto su oposición fuera de plazo. Por lo tanto, la única opción para garantizar su derecho de defensa ante ese escenario era considerar que la suspensión de plazos procesales por la pandemia mundial que se generó a raíz del Covid-19 entraba dentro de los supuestos excepcionales de revisión del art. 20.1 letra b.

3. Solución del TJUE

13. La respuesta del TJUE ha sido clara: la aplicación de la Ley austriaca mediante la cual se suspendían o interrumpían los plazos procesales en el ordenamiento austriaco durante cinco semanas también es aplicable al RPME en virtud de su art. 26¹³. El motivo en el que se apoya el TJUE en su respuesta es uno: el principio de autonomía procesal de los Estados miembros¹⁴. Es decir, si no hay una norma europea sobre la materia, el Estado miembro podrá regularlo conforme a su ordenamiento jurídico. La interrupción o suspensión de plazos procesales es una cuestión no regulada por el RPME. Por lo tanto, ante esta falta de regulación es necesario acudir a la regla del art. 26 RPME. Es decir, ante una cuestión no regulada por el Reglamento sobre el proceso monitorio europeo es necesario acudir a la *Lex fori* para darle solución. Y así hace el TJUE. Sin embargo, el principio de autonomía procesal no se puede aplicar

¹² STJUE de 15 de septiembre de 2022, C-18/21, *Uniqa Versicherungen AG c. VU*, ECLI:EU:C:2022:682, apartado 15.

¹³ STJUE de 15 de septiembre de 2022, C-18/21, *Uniqa Versicherungen AG c. VU*, ECLI:EU:C:2022:682, apartado 41. *Vid* también en este sentido las Conclusiones del Abogado General Sr. A.M COLLINS en sus Conclusiones presentadas el 31 marzo de 2022, ECLI:EU:C:2022:245, apartado 49.

¹⁴ STJUE de 15 de septiembre de 2022, C-18/21, *Uniqa Versicherungen AG c. VU*, ECLI:EU:C:2022:682, apartado 36.

sin unas garantías mínimas. En otras palabras, la norma nacional no puede ser menos favorable que las que regulan situaciones similares en el Derecho interno (principio de equivalencia) y tampoco puede hacer imposible en la práctica o muy difícil el ejercicio de los derechos que confiere el Derecho de la Unión (principio de efectividad)¹⁵. De este modo, la normativa nacional austriaca es aplicable si:

- 1) *Respeto el principio de equivalencia*¹⁶. Es decir, el art. 1.1 de la Ley austriaca por la que se interrumpen plazos procesales se aplica a todo tipo de proceso en materia civil. De hecho, el objetivo es que se pudiera aplicar tanto al proceso monitorio nacional como al europeo. Por lo que el TJUE considera que el respeto al principio de equivalencia de la norma austriaca hace también que se garantice la igualdad de trato para acreedores y deudores que optan por acudir a reclamar una deuda bien mediante un proceso monitorio nacional o un proceso monitorio europeo. Esto hace que se respete el principio el carácter alternativo y opcional del proceso monitorio europeo.
- 2) *Respeto el principio de efectividad*¹⁷. Su aplicación no ha implicado un desequilibrio entre los derechos del demandante y del demandado. El demandante a pesar de la interrupción de cinco semanas ha podido seguir persiguiendo el cobro de su deuda y el demandado ha podido defenderse. El plazo de cinco semanas de interrupción tiene una justificación, se aplicó en los momentos más duros de la pandemia, con el fin de paliar los efectos que causaba en la justicia un confinamiento tan estricto por razones sanitarias.

14. El TJUE también interpreta en esta sentencia el art.20.1.letra b. El alto tribunal señala que este precepto no es subsumible al supuesto de hecho que se plantea en este caso, ya que bajo una interpretación restrictiva¹⁸ esta previsto para supuestos individuales (no generales¹⁹) y ante circunstancias excepcionales en las que el demandado no ha sido negligente y ha actuado rápidamente²⁰. Es decir, el art. 20 no está previsto para dar una segunda oportunidad al demandado para oponerse al requerimiento europeo de pago²¹. En ese momento del proceso monitorio europeo el requerimiento europeo de pago ya es un título ejecutivo, de ahí que su revisión se contemple para supuestos muy excepcionales. En relación al art. 20.1 letra b, un supuesto podría ser cuando el demandado ha tenido constancia de que existe un requerimiento europeo de pago en su contra pero no puede oponerse debido a que se encuentra hospitalizado y le es imposible oponerse²². En ese caso, tras transcurrir el plazo para oponerse podría acudir a la revisión del requerimiento europeo de pago conforme al art. 20.1 letra b.

De este modo, una norma como la austriaca que suspende o interrumpe plazos procesales en materia civil de forma general para paliar una situación de crisis sanitaria global no entraría dentro de la excepcionalidad del art. 20.1 letra b²³.

IV. Reflexiones finales

15. La interrupción o suspensión del plazo de oposición de 30 días que dispone el demandado para poder oponerse al requerimiento europeo de pago es una cuestión no regulada en el RPME. El

¹⁵ *Ibidem*, apartado 36.

¹⁶ *Idem*, apartado 37.

¹⁷ *Idem*, apartado 38.

¹⁸ STJUE 22 de octubre 2015, C-245/14, *Thomas Cook*, ECLI:EU:C:2015:715, apartado 31.

¹⁹ Así lo entiende también el Abogado General Sr. A.M COLLINS en sus Conclusiones presentadas el 31 marzo de 2022, ECLI:EU:C:2022:245, apartado 40.

²⁰ ATJUE 21 marzo 2013, C-324/12, *Novontech-Zala kft*, ECLI:EU:C:2013:205, apartado 24.

²¹ L. DOMÍNGUEZ RUIZ, *Reclamación de Deudas de deudas transfronterizas*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 174-176; L. GÓMEZ AMIGO, *El proceso monitorio europeo*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 80-82; A. PLANCHADEL GARGALLO, *Reclamación de créditos en la Unión Europea: El Proceso Monitorio Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021 pp. 71-76; A. RODÉS MATEU, *El proceso monitorio europeo*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021 pp. 74-76.

²² STJUE de 15 de septiembre de 2022, C-18/21, *Uniqa Versicherungen AG c. VU*, ECLI:EU:C:2022:682, apartado 32.

²³ *Ibidem*, apartado 33.

TJUE resuelve, desde nuestro punto de vista, de forma coherente y acertada. Coherente, porque resuelve conforme al criterio seguido en sentencias anteriores donde se interpretaba de forma estricta sobre los motivos excepcionales que dan lugar al recurso de revisión del art. 20. Acertada, debido a que el principio de autonomía procesal de los Estados miembros era la mejor forma de solucionar esta cuestión prejudicial si no se quería contradecir jurisprudencia anterior.

16. El legislador europeo no lo tuvo fácil a la hora de elaborar el Reglamento sobre proceso monitorio europeo. Muchos Estados miembros fueron muy reticentes a este Reglamento que facilita el cobro de las deudas transfronterizas y que fue el primero que uniformó un proceso europeo. Esto hizo que muchas cuestiones se quedaron sin regular, a nuestro juicio, demasiadas, siendo una de ellas la que es objeto de esta sentencia que analizamos. Para paliar tales lagunas, el legislador europeo recurrió a un precepto comodín, el art. 26 RPME, el cual permite, como ya hemos visto, acudir a la *Lex fori* cuando una cuestión no se trata en el propio Reglamento. Sin embargo, esta solución por la que se optó evidencia un riesgo que es que el RPME se aplique de forma dispar entre los Estados miembros debido a la necesidad de recurrir a la ley del foro para dar solución a todos esos aspectos procesales muy necesarios para la aplicación en la práctica del proceso monitorio europeo pero no regulados en el propio Reglamento.

Agentes contractuales de la Unión Europea destinados
en un tercer país, ¿se pueden divorciar en un Estado miembro?
Y, ¿qué pasa con los diplomáticos?
(STJUE de 1 de agosto de 2022)*

Can European Union contract staff posted to a third country
be divorced in a member State? And what about diplomats
(ECJR of 1 August of 2022)?

FLORA CALVO BABÍO

*Profesora Contratada Doctor de Derecho internacional privado
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*

Recibido:27.11.2022 / Aceptado:18.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7571

Resumen: Este comentario analiza los criterios de competencia judicial internacional en materia de divorcio y medidas inherentes al mismo, cuando nacionales comunitarios de distintos Estados miembros residen con sus hijos en terceros Estados en los que el acceso a la justicia no está garantizado. Los reglamentos de la Unión europea no ofrecen soluciones adecuadas cuando el matrimonio está compuesto por binacionales comunitarios, y ello es susceptible de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de los nacionales comunitarios. Este problema entronca con el estatuto diplomático, tenga el alcance que tenga, y como afecta a los que gocen de él como a los que demanden a una persona cubierta por el mismo.

Palabras clave: Competencia judicial internacional, diplomático, estatuto diplomático, inmunidad de jurisdicción, competencia residual, residencia habitual, fórum necessitatis, proximidad razonable.

Abstract: This commentary analyses criteria for international jurisdiction in matters of divorce and divorce-related measures when Community nationals from different Member States reside with their children in third States where access to justice is not guaranteed. European Regulation rules do not provide adequate solutions when the marriage is composed of EU binationals and this is likely to infringe the right to effective judicial protection of EU nationals. This problem is linked to diplomatic status, whatever its scope, and as it affects those who enjoy it as well as those who sue a person covered by it.

Keywords: International jurisdiction, diplomatic, diplomatic status, immunity, residual jurisdiction, habitual residence, forum necessitatis, reasonable proximity.

Sumario: I.Los antecedentes de hecho. II Cuestiones prejudiciales. III Determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en todos los peticiones de la demanda y respuesta del TJUE. 1. Competencia judicial internacional en materia de divorcio. 2. Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. 3. Competencia judicial internacional en materia de alimentos. 4. Resultado del examen de la competencia en cada uno de los supuestos sin tener en cuenta “el componente diplomático”. 5. El componente diplomático. 6. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona tras la resolución de la cuestión prejudicial. V El caso de los diplomáticos. VI Conclusiones: El problema de los expatriados y la inmunidad de jurisdicción.

* Asunto C-501/20 MPA y LCDNMT. (DO C 408 de 24.10.2022 p. 8/9; CELEX: 62020CA0501).

I. Los antecedentes de hecho

1. Un matrimonio formado por un nacional portugués y una nacional española, y padres de dos hijos menores de edad, residen en Togo desde el año 2015 y anteriormente desde el año 2010 al 2015 en Ginecia Bisau, país en el que contrajeron matrimonio. Ambos trabajan como agentes contractuales de la Comisión Europea y su puesto de trabajo se desarrolla en la Delegación de la Unión Europea en Togo. En el ejercicio de sus puestos de trabajo en este país tienen concedida la inmunidad de jurisdicción tanto para ellos como para sus hijos.

2. La familia llevaban residiendo en Togo tres años y medio cuando surge la crisis matrimonial en julio de 2018. En el mes de marzo de 2019, residiendo todos en Togo, la esposa con los hijos en el domicilio conyugal, y el esposo en un hotel cercano al domicilio, la madre presenta ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Manresa demanda de divorcio en la que solicita medidas paterno-filiales y alimentos sobre los menores. El padre impugna la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, alegando que los cónyuges tienen distintas nacionalidades, pertenecientes a Estados miembros de la UE y que residen junto con sus hijos en un Estado tercero.

3. Estimando la declinatoria, el juzgado de Manresa declaró la falta de competencia judicial internacional (para todos los *petitum* de la demanda de divorcio) con motivo de que los cónyuges no tenían su residencia habitual en España. La madre recurre ante la Audiencia Provincial fundamentando su recurso y la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en varias razones: a) La Unión Europea ha concedido el estatus diplomático a ella y a su cónyuge en concepto de agentes contractuales de la Unión acreditados en el Estado de su destino y este estatuto se hace extensivo a los hijos menores de edad; b) Debido a tal motivo, ella no puede interponer la demanda de divorcio en Togo y tampoco solicitar medidas con respecto a los menores allí, puesto que su marido (lo mismo que ella) y sus hijos están cubiertos por la inmunidad de jurisdicción y, un procedimiento de divorcio, no es una excepción a la inmunidad de jurisdicción que se recoge en el artículo 31 del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares, por lo que, según el 40.2 del código civil (en adelante CC), se puede demandar en España.

4. Considerando entonces que ella y sus hijos tienen su residencia habitual en España por el artículo 40.2 CC (Y en Manresa, lugar de su último domicilio), los tribunales españoles serían competentes: a) para el divorcio en virtud del artículo 3 del Reglamento UE 2201/2003, en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por ser España el lugar de residencia habitual durante al menos seis meses de la demandante española previa a la interposición de la demanda; b) para las medidas paterno-filiales sobre los menores en virtud del artículo 8 del mismo reglamento por encontrarse la residencia de los menores en España; y c) para las cuestiones referidas a los alimentos, por el artículo 3 a) del Reglamento UE 4/2009, que basa la competencia entre otros criterios, en el lugar de residencia del acreedor de alimentos o, subsidiariamente, en el *forum necessitatis* del artículo 7.

5. El padre se opone a estas razones argumentando: a) que ninguno de los cónyuges es diplomático según el Estado miembro de su nacionalidad; b) que el estatuto diplomático otorgado por la UE, sólo otorga inmunidad de jurisdicción para los actos de carácter oficial realizados en el país de destino, y no cubre las demandas de divorcio porque sólo es aplicable para el ejercicio de sus funciones; c) y, por lo tanto, sería posible interponer la demanda de divorcio con todas sus medidas inherentes en Togo sin que se pueda invocar el *forum necessitatis*.

II. Cuestiones prejudiciales

6. A la vista de los hechos y los argumentos de las partes, la Audiencia Provincial de Barcelona, competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la esposa, ante lo infrecuente del caso a enjuiciar, y a las dudas que se le planteaban a la hora de determinar la competencia judicial internacio-

nal de los tribunales españoles sobre la base de la residencia de las partes implicadas o de su nacionalidad, acordó suspender el procedimiento, y elevar al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones prejudiciales que versaban sobre: 1) La interpretación que debe darse al concepto de residencia habitual contenido en el artículo 3 de los Reglamentos 2201/03 y 4/2009, con respecto a la demanda de divorcio de agentes contractuales de la UE que residen en un tercer país en razón de su destino; 2) La interpretación del lugar de residencia habitual de los hijos de ese matrimonio según el artículo 8 de Reglamento 2201/2003; 3) La influencia que tiene la nacionalidad española de los hijos y de la madre a la hora de determinar la residencia en España de los mismos; y 4) La posibilidad que, en este caso, para el divorcio y para la adopción de las medidas sobre los menores, se pueden utilizar los foros de competencia residual de los artículos 7 y 14 del Reglamento.

III. Determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en todos los *petitum* de la demanda y respuesta del TJUE

1. Competencia judicial internacional en materia de divorcio

7. Los criterios de competencia judicial internacional en separación, nulidad y divorcio, se encuentran en España en los artículos 3 a 7 del Reglamento UE 2201/2003 y, subsidiariamente, en el artículo 22 quater c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Los foros de competencia del artículo 3 se basan, fundamentalmente, en criterios de residencia de uno o ambos cónyuges, permitiendo únicamente, alejarse de ese criterio en el caso de esposos nacionales de un mismo Estado miembro, a quien se les permite demandar en el Estado miembro de su nacionalidad común. En este supuesto, cuando la esposa interpone la demanda de divorcio en España, la familia al completo reside en Togo, sin fecha prevista de vuelta a la UE. Pero, ¿esa residencia habitual en África con intención de volver a España implica que la esposa, nacional española, pueda invocarla como criterio de competencia judicial internacional ante los tribunales españoles?

8. Como se indica en la STJUE comentada (43), el Reglamento UE 2201/2003 no contiene ninguna definición del concepto de “residencia habitual”, pero este concepto debe interpretarse de forma “autónoma y uniforme teniendo en cuenta el contexto de las disposiciones que lo mencionan y los objetivos del antedicho Reglamento (2201/2003)”¹. En Abogado General en sus conclusiones (52) indica que la residencia de los cónyuges en Togo ha revestido un carácter continuo, estable e indefinido, considerando que, cuando se interpone la demanda, el centro de intereses de la vida de los cónyuges se encuentra en aquel país (58)². El TJUE basándose en la opinión del Abogado General afirma en la sentencia: que la demandante “*no reside de forma habitual en el territorio del Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda de disolución del matrimonio*” (56). Concretamente, el TJUE entiende que no puede considerarse que la residencia de la demandante se encuentre en España, aunque aquí sea el lugar en el que la familia ha pasado muchas vacaciones o han nacido los hijos (57), o por el hecho de que los cónyuges hayan manifestado su deseo de instalarse en un futuro a vivir en España (59).

9. Teniendo en cuenta esta situación, los tribunales españoles tendrían que aplicar el Reglamento UE 2201/2003 para determinar su competencia judicial internacional en este supuesto. De acuerdo con los foros de competencia de los artículos 3 a 5, no existiría ningún Estado miembro competente para conocer de la demanda y, además, según el artículo 6.2: “*un cónyuge que sea nacional de un Estado*

¹ A este respecto vid. STJUE de 25 de noviembre de 2021 C-289/20 (EU:C:2021:955 apartados 38 y 39), citada en la STJUE ahora comentada. En esta sentencia se indica que un cónyuge que comparta su entre dos o más Estados miembros, sólo pueden tener una residencia habitual, en el sentido del artículo 3.1 a) del Reglamento 2201/2003. Es el juzgado que conoce del asunto el que debe en cada caso determinar con qué Estado miembro tiene el sujeto su vinculación esencial a la hora de considerarse competente por residencia habitual a los efectos del artículo 3.1 a) de Bruselas II bis.

² Conclusiones del Abogado General Sr. MACIEJ SZPUNAR, presentadas el 24 de febrero de 2022 (ECLI:EU:C:2022:138).

miembro (...) sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3 a 5". Como en este caso el demandado es portugués, la demandante no puede interponer la demanda de divorcio contra él ante los tribunales españoles.

10. Con respecto a la posibilidad de solicitar el divorcio en algún Estado miembro, suponemos que para añadir alguna solución alternativa en el caso de que finalmente no se pudiese obtener una sentencia de divorcio ante los tribunales de Togo, el TJUE ofrece una solución sorprendente, e indica que la demandante puede demandar a su marido portugués ante los tribunales portugueses, siempre que la norma de competencia residual portuguesa otorgue competencia para conocer por motivo de nacionalidad portuguesa del demandado (criterio que, por ejemplo, no existe en la norma residual española) (87). Quizás se trate de un intento del TJUE de ofrecer en estas circunstancias una salida a la demandante para que pueda interponer la demanda de divorcio en algún sitio, basándose en un criterio de competencia que no se recoge en el Reglamento.

2. Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental

11. En este caso y habida cuenta de lo antedicho, no cabe duda de que los menores residen con sus padres en Togo desde hace tres años y medio y, presumiblemente, están escolarizados en este país. El TJUE indicó en sus Sentencias de 2 de abril de 2009³ y 22 de diciembre de 2010⁴ que el lugar de la residencia habitual de un menor era aquel lugar que revela una cierta integración del menor en un entorno social y familiar, debiéndose considerar, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia o la escolarización⁵. Otras sentencias más recientes afirman lo mismo: STJUE de 8 de junio de 2017⁶, 28 de junio de 2018⁷ y de 16 de julio de 2020⁸. Por lo tanto, el criterio de competencia general del artículo 8 del Reglamento que designa como tribunales competentes los del Estado de la residencia habitual del menor no otorgan competencia a ningún Estado miembro.

12. Tampoco serían competentes los tribunales de ningún Estado Miembro en virtud de los criterios de competencia de los artículos 9, 12 o 13 del Reglamento. En esta situación, y no residiendo los menores en un Estado miembro del Convenio de la Haya de 1996⁹, el artículo 14 prevé que la competencia se determinará en cada Estado miembro con arreglo a las leyes de dicho Estado miembro. En España la competencia judicial internacional en materia de filiación y relaciones paternofiliales vienen determinada por el artículo 22 quater d) de la Ley 6/1985 del Poder judicial reformado por la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio¹⁰. En este artículo, entre otros criterios, se indica que la competencia judicial internacional la tendrán los tribunales españoles para estas cuestiones: "*cuando el demandante sea español*", por lo que aquí serían competentes los tribunales españoles para las medidas paterno-filiales¹¹.

³ Asunto C-497/10, *Mercredi* (ECLI:EU:C:2010:829)

⁴ Asunto C-523/07 (ECLI:EU:C:2009:225)

⁵ Vid. F. J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento UE 2019/1111*, Madrid, 2020, pp. 100 y ss. F. J. FORCADA MIRANDA, *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Las Rozas, Sepin, pp. 55 a 59. F. CALVO BABÍO, "La sustracción internacional de menores. Cuestiones generales y la determinación del concepto de residencia habitual del menor sustraído", en E. ORTEGA BURGOS Y M. T. ECHEVARRÍA RADA, *Derecho de familia 2021*, Valencia, Tirant, pp. 93-98. B. CAMPUZANO DÍAZ, "El nuevo reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en relación con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental en *CDT*, 2020, p. 110.

⁶ Asunto C-111/17 (ECLI:EU:2017:436)

⁷ Asunto C-512/17, *HR*, (ECLI:EU:C:2018:513)

⁸ Asunto C-80/19 (ECLI:EU:C:2020:569) en este caso el TJUE excluye cualquier posibilidad de duplicidad de residencias habituales.

⁹ SSTJUE de 17 de octubre de 2018, As. C-393/18 (ECLI: EU:C:2018:835) y 5 de septiembre de 2019, As. C-468/2018 (ECLI:EU:C:2019:666)

¹⁰ BOE A-2015-8167.

¹¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro. Un estudio jurisprudencial", en A. CEBRIAN SALVAT/I. LORENTE MARTÍNEZ, *protección de menores y Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2019, p. 314.

El TJUE razona que en materia de responsabilidad parental se puede utilizar el foro de competencia residual aunque se base en la nacionalidad del demandante, porque ello no va en detrimento del interés superior del menor, al permitir al progenitor presentar el procedimiento en su lengua materna asumiendo unos costes menores en el procedimiento (94).

3. Competencia judicial internacional en materia de alimentos

13. En materia de alimentos en este supuesto, los tribunales españoles sólo podrían ser competentes por el foro de necesidad contenido en el artículo 7 del Reglamento 4/2009, aplicable excepcionalmente cuando ningún Estado miembro sea competente por los artículos 3 a 6¹².

14. No cabe duda que el acreedor y el demandado residen en Togo, a efectos de la interpretación del artículo 3 a) y b) del Reglamento 4/2009, por lo que los tribunales españoles no serían competentes. Tampoco lo serían para conocer de la demanda de alimentos accesoria a la de filiación, para la que sí son competentes los tribunales españoles, porque el artículo 3 d) del Reglamento vincula la competencia accesoria a que la competencia para las medidas paterno-filiales no se base en el criterio de la mera nacionalidad del demandante (art. 3 d). No existe, además, en este Reglamento la posibilidad -como en el de Bruselas I bis- de aplicar residualmente las normas de competencia internas. Si existiese, sí serían competentes los tribunales españoles, porque entre otros criterios de competencia el artículo 22 quáter f) indica que serán competentes los tribunales españoles: “*en materia de alimentos, si la pretensión se formula como accesoria a una cuestión sobre el estado civil o de una acción de responsabilidad parental, cuando los tribunales españoles fuesen competentes para conocer de esta última acción*”, sin someter esta competencia a ninguna otra condición.

15. Por lo tanto, sólo podrían ser competentes los tribunales españoles (art. 7): “*si un procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo o resulta imposible en un Estado tercero con el cual el litigio tiene una estrecha relación*”. En este caso el TJUE no impone la solución al juez español, si no que le conmina, antes de declararse competente por el artículo 7, a analizar profundamente el caso y a decidir si, de sus elementos, se puede deducir que la demandante no va a obtener tutela judicial efectiva en Togo que es donde se encuentran los jueces naturales para enjuiciar el caso (113).

4. Resultado del examen de la competencia en cada uno de los supuestos sin tener en cuenta “el componente diplomático”

16. En este caso, los tribunales españoles no serían competentes para conocer de la demanda de divorcio, sí lo serían para conocer la demanda de medidas paterno-filiales y, en materia de alimentos, dependerá de si el juez español en este caso, con los elementos que tiene de la situación de la familia en Togo y de la calidad de justicia en este país, considera justificado conocer de la demanda de alimentos como subsidiaria a la de medidas paterno-filiales para la que sí es competente.

5. El componente diplomático

17. En cuanto al componente diplomático, el TJUE no lo tiene en cuenta porque entiende que, según afirma el padre, ninguno de ambos cónyuges ejerce funciones diplomáticas para su respectivo Estado miembro, por lo que no tienen estatuto diplomático ni en España ni en Portugal. Indica que lo que se les ha facilitado desde las instituciones comunitarias es un *laisser-passer*, un salvoconducto o documento de viaje válido sólo en terceros países y no en la Unión Europea, en la que no gozan de inmu-

¹² Entre otras vid. STJUE de 12 de mayo de 2022, As. C-644/20, *W. J.* (ECLI:C:2022:371).

nidad de jurisdicción, y que esa inmunidad del salvoconducto sólo afecta al ejercicio de sus funciones y no a los demás aspectos de sus vidas, lo que no impide que puedan presentar la demanda de divorcio o ser demandados en una interpuesta por la otra parte ante los Tribunales de Togo.

6. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona tras la resolución de la cuestión prejudicial.

18. El día 21 de octubre de 2022 se dictó por la Audiencia Provincial de Barcelona Sentencia número 335/2022 decidiendo sobre la demanda objeto de la presente cuestión prejudicial, en el fallo, la Audiencia considera competentes a los tribunales españoles únicamente para la responsabilidad parental en virtud del foro de competencia residual del artículo 14. Entiende que el *forum necessitatis* del artículo 7 del Reglamento 4/2009 no se puede aplicar porque de los informes aportados por el demandado acreditan que los tribunales de Togo garantizan suficientemente la tutela judicial efectiva de ambas partes y en especial la de la esposa porque, a diferencia de lo que ocurría anteriormente: “*Se han aprobado leyes que formalmente garantizan el principio de igualdad entre hombre y mujer*”. Sorprendente afirmación. Tras esta sentencia la opción que le queda a la demandante es bien interponer la demanda de divorcio con todas las medias inherentes en Togo (con la inseguridad jurídica que ello supone), o bien dividir el pleito: medidas paterno-filiales en España; divorcio en Portugal; e, inevitablemente, reclamación de alimentos en Togo, ¿de verdad esta es una solución adecuada?

V. El caso de los diplomáticos

19. No podemos menos que apuntar en el presente comentario la situación que se plantea con los verdaderos diplomáticos, los de carrera, que son nacionales de un Estado miembro y que están destinados en otro Estado miembro o en un tercer Estado. ¿Qué ocurre cuándo estando en el destino en el que gozan de inmunidad de jurisdicción su cónyuge quiere interponer una demanda de divorcio contenciosa? Es muy posible que este cónyuge no tenga capacidad de demandar en ese Estado extranjero, porque el diplomático podría rehusar a someterse a los tribunales de ese Estado invocando la inmunidad de jurisdicción y ejecución de la que goza y, en materia de divorcio, no se encuentra dentro de en ninguna de las excepciones del artículo 31 del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares.

20. Parece que, en este caso, los Reglamentos comunitarios apuntan una tímida solución al problema, así en el considerando (14) del Reglamento de Bruselas II bis se indica que: “*si el órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento no puede ejercer su competencia debido a la existencia de una inmunidad diplomática con arreglo al derecho internacional, la competencia debe determinarse en el Estado miembro en el que la persona de que se trate no goce de inmunidad de jurisdicción*”. En el nuevo reglamento 2019/1111¹³ este mismo contenido se encuentra plasmado en el considerando (34). Ciertamente estos considerandos no se refieren a diplomáticos cuyos destinos sean terceros Estados, pero, la interpretación debe ser extensiva, so pena de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable.

21. Por lo tanto, si un diplomático español tiene un destino en Alemania y está residiendo en ese país con su mujer, nacional belga, y sus hijos, con doble nacionalidad española y belga, si su mujer quiere presentar una demanda de divorcio contra él, tendrá que verificar dónde puede interponer la demanda en aplicación de las normas de competencia internas, en España la contenida en el artículo 40.2 CC.

¹³ 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, de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (DO núm. L 178, de 2 de julio de 2019).

22. En derecho español domicilio es el lugar donde cada persona constituye el centro de su vida y adquiere una gran relevancia para el mundo del derecho al determinar los múltiples efectos legales. Dependiendo de si se trata de una persona física o jurídica, el CC regula el concepto de domicilio en dos artículos, 40 y 41. En estos dos artículos se establece que el domicilio es el lugar de residencia habitual de la persona física para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones: y, por otro lado, la eficacia jurídica que se atribuya al domicilio. La interpretación de que el domicilio (equivalente a residencia habitual) del diplomático español, y tal y como lo define el artículo 40.2 CC, es el del lugar de la última residencia del diplomático en España, se recoge en materia de procedimientos de familia.

23. Nuestros tribunales se han tenido que enfrentar en ocasiones a demandas en materia de familia contra diplomáticos españoles destinados en el extranjero y, en todos los casos, se ha utilizado el artículo 40.2 para determinar que el domicilio/residencia habitual del diplomático se localizaba en el último lugar que éste lo tuvo en España. por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22) número 62/2011, de fecha 15 de febrero de 2011 en la que, con respecto a una reclamación de alimentos contra un diplomático español, se indica: *“el domicilio de los diplomáticos residentes por razón de su cargo en el extranjero, que gozan del derecho de extraterritorialidad, será el último que hubieren tenido en territorio español.”* Conviene precisar que dicho domicilio se centra en Madrid, lugar donde ha sido emplazado, a la sazón, a través del domicilio de su madre, articulando dicho demandado las alegaciones que tuvo por oportuno, sobre competencia, fondo del asunto, pago de la deuda, prescripción, etc.

24. En el mismo sentido las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona número 804/2020 (sección 18), de fecha 9 de diciembre de 2020. Y el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 19 de Barcelona de fecha 7 de septiembre de 2022 (inédito). Es preciso destacar el Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 2ª), número 51/2010 de 22 de febrero de 2010, con respecto a un divorcio de una nacional española que, si bien no era diplomática de carrera, como el caso que nos ocupa, trabajaba en un organismo internacional y, cuando interpuso la demanda en España, se encontraba residiendo en la India y anteriormente lo había hecho en Uganda. La Audiencia Provincial considera que en este caso son competentes los tribunales españoles para el divorcio por dos razones: en primer lugar porque su centro de intereses, y por lo tanto su residencia habitual se encuentra en España, país al que va a volver cuando se acaben sus destinos y en el que tiene una vivienda de su propiedad (razón poco menos que discutible y contraria a lo que dice el TJUE) y también por el artículo 40.2 al entender que su situación es asimilable a la de los diplomáticos y, por lo tanto, la demandante puede demandar en España en virtud de ese criterio.

25. Esta es la interpretación extensiva que nuestras autoridades dan al artículo 40. 2 CC y fue la que llevó al Gobierno español a alegar en la cuestión prejudicial objeto de este comentario que, con respecto a la contratada española por la UE, al que se daba por los organismos comunitarios protección diplomática, esta situación se podía asimilar a la de los diplomáticos españoles. La respuesta del TJUE a estas alegaciones casa poco con el contenido de los considerandos (14) y (34) de los Reglamentos de Bruselas II bis y ter, porque se indica que la invocación por parte del gobierno español no tiene incidencia en la interpretación del concepto “residencia habitual” en el sentido de los reglamentos de Bruselas II bis y 4/2009. Si esto es así se dejaría vacío de contenido el artículo 40.2 CC. Es una lástima que esta cuestión prejudicial se centrara en contratados por la UE expatriados a terceros países que no tuviesen el Estatuto diplomático de ningún Estado miembro de la UE, y que gozasen de protección diplomática limitada y no con respecto a diplomáticos de carrera. La condición de diplomático en este tipo de procedimientos puede suponer un problema jurídico y sería necesario que el TJUE abordase de una forma clara como debe tratarse en los procedimientos familiares que se interpongan en la UE.

VI. Conclusiones: El problema de los expatriados y la inmunidad de jurisdicción

26. El TJUE en esta sentencia de 1 de agosto de 2022 se enfrenta al problema de los expatriados nacionales de Estados miembros que residen en Estados extranjeros, en los que el acceso a la justicia en términos de tutela judicial efectiva y equidad no están garantizados. Resulta llamativo que en las normas comunitarias en procedimientos de divorcio se prevea, bien por la vía directa o bien por la vía de la aplicación residual de las normas de competencia internas de los Estados miembros, la posibilidad de que se demande en un Estado miembro (en el de la nacionalidad común en el caso del divorcio y los alimentos y en el de la nacionalidad del demandante en el caso de la responsabilidad parental), mientras que no existe esa posibilidad clara en el caso de que el matrimonio esté compuesto por nacionales de dos Estados miembros.

27. La solución que ofrece el TJUE en este caso para garantizar la tutela judicial efectiva de la demandante, para el supuesto de que no pudiese demandar en Togo si la situación judicial del país no se lo permitiese, o no existiese la seguridad de que se iba a celebrar un juicio con todas las garantías, es una solución ciertamente sesgada e insatisfactoria. Se ha perdido una ocasión de oro con el nuevo reglamento 2019/1111 para tratar de ajustar los reglamentos a la realidad creciente de estos matrimonios.

28. En este caso, la solución que se le ofrece a la demandante es que demande en Togo, puesto que el estatuto diplomático de su marido aparentemente no le cubre con inmunidad de jurisdicción en estos procedimientos. Si realmente el marido pudiese invocar la inmunidad de jurisdicción, o el sistema judicial de Togo no ofreciese las garantías requeridas, el TJUE le “permite” (más o menos) demandar en la UE, pero no por todos los “petitum” de la demanda de divorcio, es decir: responsabilidad parental sí porque por el foro residual del artículo 14 de Bruselas II bis son competentes los tribunales españoles por la nacionalidad española de la demandante; alimentos tal vez por el artículo 7 del Reglamento 4/2009 si el tribunal español en este caso considera que la situación judicial en Togo es mala y aconseja que se declare competente; por último en lo que se refiere al divorcio es un misterio. La solución que se adopta por el TJUE de permitir interponer la demanda de divorcio en el EM de la nacionalidad del demandado es, cuanto menos, sorprendente, y no se contempla en el Reglamento de Bruselas II (ni bis ni ter).

29. Es con respecto al divorcio donde las normas comunitarias son susceptibles de vulnerar los derechos fundamentales de los justiciables, por ejemplo, en este supuesto. La demandante debería tener derecho a que se le garantizara tanto la tutela judicial efectiva en un tribunal de un Estado miembro para poderse divorciar e, igualmente, debería tener derecho a divorciarse. La solución ofrecida por el TJUE en este caso puede no garantizarle esos derechos. Si en Togo no se puede divorciar y las normas de competencia portuguesas no le permiten demandar a su marido en Portugal y, desde luego, el Reglamento comunitario en cualquiera de sus versiones no le permite que se divorcie en España, estaríamos ante una situación injusta propiciada por una falta de previsión en este aspecto de las normas comunitarias, que podrían haber añadido en la última versión, la ter del Reglamento de Bruselas II, tanto la autonomía de la voluntad¹⁴ en materia de crisis matrimoniales, como el *forum necessitatis*, tanto en materia matrimonial como en materia de responsabilidad parental.

30. Por último, la competencia para el divorcio y medidas inherentes cuando una o ambas partes están cubiertas por el estatuto diplomático de un Estado miembro es una cuestión que no está resuelta en las normas comunitarias. Se apunta tímidamente la solución en el caso de los diplomáticos de un Estado miembro que realicen sus funciones en otro Estado miembro, pero no se aborda la solución en el caso

¹⁴ B. CAMPUZANO DIAZ, “*Algunas propuestas en materia de competencia judicial internacional para una mejor coordinación de los instrumentos de la UE en sector del Derecho de familia*”, en E. M. VÁZQUEZ GÓMEZ/M. D. ADAM MUÑOZ/N. CORNAGO PRIETYO, *el arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, 2013, pp. 621 y ss. M.A SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Acción de responsabilidad parental vinculada a un proceso de divorcio en el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111, en REDI, 2020, p. 156.

de que esos diplomáticos estén destinados en terceros Estados como ocurre en la mayoría de los casos. Aparte de todo y como parece que se apuntaba en la STJUE comentaba artículos como el 40.2 CC que llevan a cabo la ficción de que el domicilio del diplomático se encuentra en el último lugar que éste tuvo su domicilio en territorio comunitario casa mal con el concepto autónomo comunitario de residencia habitual y pueden plantearse problemas con el encaje de este artículo 40.2 cuando el criterio de competencia de la norma comunitaria sea la residencia habitual.

Cambio de residencia de un menor durante el proceso
y *perpetuatio iurisdictionis*.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia
(Sala Cuarta) de 14 de julio de 2022, asunto C-572/21*

Change of residence of a child during the lawsuit
and *perpetuatio iurisdictionis*.

Purpose to the CJEU Judgement
of 14th July 2022, case C-572/21

LUIS F. CARRILLO POZO

Profesor de derecho internacional privado en la Universidad de Almería

ORCID ID: 0000-0002-5507-167X

Recibido:10.11.2022 / Aceptado:28.12.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7572

Resumen: Cuando se ponen en contacto dos formas distintas de resolver la duda de cómo afecta un cambio de residencia habitual a la competencia judicial internacional en materia de protección de menores (perpetuación de la jurisdicción en Bruselas II o transferencia de la competencia en el Convenio de La Haya sobre protección de menores de 1996), hay que optar, y eso es lo que hace la sentencia del TJ de 14 de julio de 2022, anclando su respuesta en motivos propios del Derecho de los tratados, y haciendo prevalecer en consecuencia la solución del Convenio.

Palabras clave: Responsabilidad parental, residencia habitual del menor, *perpetuatio iurisdictionis*.

Abstract: When two different ways of resolving the question of how a change of habitual residence affects international jurisdiction in matters of child protection (perpetuation of jurisdiction in Brussels II or transfer of jurisdiction in the 1996 Hague Convention on the Protection of Children) come into contact, it is necessary to opt, and that is what the judgment of the CJ of 14 July 2022 does, anchoring its answer in reasons specific to the law of treaties, and consequently making the Convention solution prevail.

Keywords: Parental responsibility, habitual residence of the child, *perpetuatio iurisdictionis*.

Sumario: I. El litigio y la decisión del Tribunal. II. A la búsqueda de un equilibrio entre dos principios básicos. 1. Reformulando la cuestión: ¿Dónde reside un estudiante interno en el extranjero? 2. La defensa de la estabilidad y de los compromisos internacionales. 3. Recapitulación de combinaciones. III. Un apunte final.

* 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".

1. El reglamento 2201/2003 sigue vivo, y no sólo porque así lo digan las normas de Derecho transitorio. En la medida en que no hay un cambio revolucionario, y que hay artículos que han pasado tal cual al 2019/1111, no cabe duda de que una buena parte de lo que se diga respecto al primero vale para este. Por eso la sentencia que paso a comentar resulta de extraordinario interés, desde el momento en que la regla general de competencia judicial en materia de responsabilidad parental incorporada en el viejo art. 8 (tribunales de la residencia habitual del menor) es acogida sin más en el actual 7, lo mismo que la disciplina de las relaciones con otros instrumentos internacionales (con algún matiz). Siendo clara la solución en casos no patológicos, la cuestión surge empero a propósito de las consecuencias anudadas a los cambios de residencia en el curso de un proceso, y la respuesta que deba recibir desde el foro europeo (español en particular) en función del lugar de origen y de destino. No se pierda de vista que el panorama jurídico en este sector queda presidido por el foro de la residencia de los menores (realmente, un eje en torno al cual se ordena el resto), esencialmente cambiante, y la coexistencia de tres cauces de cooperación y, consiguientemente, de respuestas distintas (es decir, el modelo del reglamento, el del convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 y el del sistema autónomo)¹.

I. El litigio y la decisión del Tribunal

2. Los hechos en el origen de la sentencia se resumen como sigue: Niño nacido en Suecia en 2011, que reside allí durante los primeros ocho años de su vida, junto con su madre, que ostenta su custodia de forma exclusiva. En octubre de 2019 es internado en un colegio ruso. Dos meses más tarde su padre acude a los tribunales suecos para que se le atribuyera la custodia exclusiva del niño y se fijara en el lugar de su domicilio la residencia habitual de este, o sea, en Suecia. La madre se opone alegando la falta de competencia de los órganos judiciales suecos, alegando que la residencia habitual del niño está en Rusia. En primera y segunda instancia se desestima la oposición, al entender que la residencia seguía en Suecia². La madre impugna ante el Tribunal supremo sueco la asunción de competencia, y se le solicita que acuda en demanda de interpretación prejudicial ante el TJUE para que precisara el alcance del art. 61 RBII bis³. Al mismo tiempo, advierte que -después de iniciado el procedimiento en Suecia- había acudido a los tribunales rusos con el mismo objeto, y que se habían declarado competentes.

Así las cosas, las inquietudes del TS -según las informaciones aportadas por la sentencia del TJUE- son bastante más amplias que lo literalmente recogido en la cuestión prejudicial como tal: Al tribunal sueco le preocupa conocer si el art. 8 RBII bis se aplica sólo a los casos de traslado de la residencia desde un EM a otro EM o también cuando la transferencia se produce a un Estado tercero parte del CLH 1996, así como determinar cuál es el momento en el que debe ser apreciada la residencia del menor a los efectos del art. 61. En la cuestión, en fin, desaparece esta segunda parte, y tiene el siguiente tenor: «¿Conserva un tribunal de un Estado miembro su competencia con arreglo al artículo 8, apartado 1, del [Reglamento n.º 2201/2003] si el menor al que se refiere el asunto traslada, durante la tramitación del procedimiento, su residencia ha-

¹ En el caso de los contados convenios bilaterales aplicables a esta materia (Suiza, Colombia, Uruguay, Rusia, China, Marruecos, El Salvador, Túnez, Argelia y Mauritania), al no regular la competencia directa, no se ofrece una solución -sea en el Reglamento o en el CLH- al tema controvertido, difiriendo el problema al momento de la eventual solicitud de *exequatur* de la decisión, momento en el que, evidentemente, no es forzoso controlar que la respuesta haya sido vertebrada en torno a la residencia habitual (actual o no) del menor.

² En primera instancia el tribunal concede de forma provisional la custodia al padre. Esta resolución es revocada en apelación, evidentemente por razones de fondo.

³ Recuérdese su tenor: «Relaciones 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.

En las relaciones 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, el presente Reglamento se aplicará:

a) cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro;

b) en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro que sea parte contratante del citado Convenio».

bitual de un Estado miembro a un tercer Estado que sea parte del Convenio de La Haya de 1996 (véase el artículo 61 del Reglamento)?». Está claro que para contestar la cuestión prejudicial no era imprescindible la referencia al art. 61, que, como norma de delimitación que es, no puede operar sino en el momento inicial del proceso, ajena por tanto a las vicisitudes posteriores objeto de la controversia.

3. El problema no es sólo como dar respuesta a las transferencias, porque lo más básico viene de la falta de definición unitaria del concepto de residencia habitual. Cuando ocurre como en el presente caso y sea el tribunal sueco sea el ruso consideran que el menor tiene su residencia en el propio territorio, en puridad no se reconoce traslado alguno, generándose dificultades en al menos tres fases claves, concatenadas: El del control de oficio de la competencia judicial, el régimen de litispendencia y el control de la competencia del juez de origen en sede de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras (si procede, en función del régimen). Baste este apunte por el momento.

4. La respuesta del TJ parte, como es habitual, de los grandes principios, argumentos desechables en su mayor parte, que escoltan a una sola razón de peso (*vid. infra*), en el tramo final de la sentencia. La resolución viene amojonada por las siguientes afirmaciones:

- a) la cuestión de la determinación de la residencia habitual compete a los órganos nacionales, y no se basa sólo en la presencia física sino en datos que hagan pensar en una vocación de continuidad (observación que parece tener en cuenta el caso concreto, en el que el niño se había transferido -aparentemente al menos- sólo por motivos escolares y se supone que durante el periodo de tiempo que dura un curso);
- b) el artículo 8.1 constituye una expresión del principio de perpetuación de la jurisdicción;
- c) la norma de competencia general puede aplicarse a litigios que impliquen relaciones entre los órganos jurisdiccionales de un EM y los de un tercer Estado;
- d) el crucial considerando 33 asevera que la norma de competencia general prevista del art. 8.1 RBII bis «deja de aplicarse cuando se ha trasladado la residencia habitual de un menor, durante el procedimiento, del territorio de un Estado miembro al de un tercer Estado que es parte de dicho Convenio», y ello porque: i) el art. 61 RBII bis no se aplica exclusivamente en las relaciones entre EEMM; ii) el art. 61 no congela en el tiempo la residencia relevante, a diferencia de lo que hace el art. 8; iii) la residencia relevante es la del menor en el momento en el que el tribunal se pronuncia, no aquel en el que se somete el asunto al conocimiento del órgano; iv) el art. 61 sobre reconocimiento y ejecución va en la misma dirección; v) el art. 8.1 deja de aplicarse si se ha trasladado la residencia habitual del menor al territorio de un tercer Estado parte del CLH 1996 antes de que se haya pronunciado el órgano jurisdiccional competente de un EM; vi) todo ello es conforme con la intención del legislador de la Unión de no menoscabar las estipulaciones del Convenio, cuyo art. 5.2 anuda la competencia a la residencia habitual del menor efectiva, sin perpetuación de ningún tipo y en el que el art. 52 proclama la intangibilidad de sus disposiciones como consecuencia de acuerdos entre Estados parte.
- e) el interés del menor no queda comprometido, ya que los órganos jurisdiccionales de los Estados parte del Convenio deben garantizar que ese interés sea, a tenor del cuarto considerando de dicho Convenio, una consideración primordial⁴.

El fallo, en definitiva, sanciona una interpretación del art. 8.1 RBII bis en relación con el art. 61, letra a), en el sentido de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, que conoce de un litigio en materia de responsabilidad parental no conserva la competencia para resolver dicho litigio con arreglo a tal norma cuando la residencia habitual del menor de que se trate ha sido trasladada legalmente, durante el procedimiento, al territorio de un tercer Estado que es parte del Convenio de La Haya de 1996.

En las páginas que siguen comentaré esos argumentos y conclusiones, que a mi juicio -salvo el inspirado en el Derecho de los tratados- pecan de huecos.

⁴ Nadie lo había discutido, es claro. El tema es otro.

II. A la búsqueda de un equilibrio entre dos principios básicos

5. ¿Estabilidad o proximidad? ¿*Perpetuatio iurisdictionis* o residencia habitual en todo caso? Es sabido que el art. 8 RBII ter congela la competencia del tribunal donde se encontrare la residencia habitual del menor en el momento de acudir al órgano jurisdiccional, expresión que puede ser entendida -coordinada con el art. 17- como primera actuación procesal (demanda o notificación), mientras que la norma del art. 5.2 CLH sanciona la transferencia de la competencia como consecuencia del cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante⁵, asumiendo que, como es evidente, lo que deba entenderse por esto último queda al albur de la definición retenida por el foro de la pretendida nueva residencia⁶. Cuando el modelo de solución es compartido por los diversos Estados envueltos, no hay duda de cuál es la respuesta; el problema surge como resultado del encuentro de modelos diferentes.

1. Reformulando la cuestión: ¿Dónde reside un estudiante interno en el extranjero?

6. El asunto no daba realmente mucho juego: A mi juicio hay un error de base en todo el planteamiento, desde el momento en que el niño no cambia de residencia a mitad del proceso, sino que había abandonado Suecia dos meses antes de la interposición de la demanda⁷. Hablar de traslado en mitad del litigio no responde a la realidad de los hechos, y como no cabe plantear cuestiones hipotéticas ante el TJ, el tema no podía estribar en las consecuencias de ese inexistente cambio de residencia, sino en saber dónde residía el menor a efectos del sistema de competencia judicial, es decir, en qué momento se adquiere una nueva residencia cuando media un traslado legal, si era residente sueco o ruso. Bastaba por tanto con reformular la cuestión⁸, y dictar un auto recogiendo la abundante jurisprudencia emanada hasta la fecha, dejando que el órgano nacional resolviera. Un auto que se remitiera, por lo demás, a la regla del art. 8, *prima facie* aplicable por mor del art. 61. Lo que se ha hecho es dar por bueno lo que no es cierto, y a partir de ahí entrar en el alcance del foro y de la *perpetuatio iurisdictionis*, convirtiendo en núcleo del debate aquella circunstancia hipotética⁹. Que se haya hecho conscientemente o no es otro tema, pero bienvenida sea la claridad. En ese panorama, en fin, afirmar que no ha sido un traslado ilegal y que es competencia del juez nacional concretar el lugar de la residencia de un menor no deja de ser superfluo.

7. Y aunque no llegara a conformar el núcleo de la sentencia, permítaseme un breve apunte sobre la determinación de la residencia habitual del menor. No era tarea del TJ concretar tal lugar para el asunto controvertido, pero sí ofrecer pautas de solución que de cara al futuro permitan afrontar grupos

⁵ El rechazo a la *perpetuatio iurisdictionis* fue frontal y consciente: así aparece tanto en el informe oficial anexo al Convenio como en el Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya elaborado por la Conferencia de La Haya en 2014.

⁶ Una perspectiva muy interesante, desde el lado de la práctica, es la que ofrece C. MARÍN PEDREÑO, "Relocation, Custody and Access under the 1996 Child Protection Convention", en VVAA, *Celebrating 25 years of the HCCH 1996 Child Protection Convention*, publicado bajo los auspicios del HCCH Permanent Bureau, The Hague Conference on Private International Law, 2021, p. 37. La solución del art. 5 es calificada como sabia, por la flexibilidad (la adquisición de la residencia habitual no depende del trascurso del tiempo sino de la evaluación de factores en el caso concreto) y la proximidad (conoce el juez más cercano al niño en cada momento).

⁷ Párrafos 13 y 14 de la sentencia.

⁸ Que el TJ puede hacerlo es diáfano: Por ejemplo, sentencia de 7 marzo 2013 (asunto C-19/12), *Efir c. Direktor na Direktsia «Obzhalvane i upravlenie na izpalnenieto»*, y las citadas en el considerando 26.

⁹ El TJ dispone de amplio margen de actuación para colaborar con el juez nacional, pudiendo ofrecer indicaciones adicionales extraídas de los autos (v. gr. sentencia de 14 julio 2011 (asunto C-464/10), *État belge c. Pierre Henfling, Raphaël Davin y Koenraad Tanghe*, y las citadas en el considerando 41), tomar en consideración normas no aducidas por el juez nacional pero igualmente pertinentes (V. gr. sentencias de 11 de julio de 1985 (asunto C-137/84), *Ministère public c. Mutsch*, de 8 de noviembre de 2012 (asunto C-268/11), *Gülbahce c. Freie und Hansestadt Hamburg*, o la precitada en el asunto *Efir*), referirse a cuantas disposiciones del Derecho de la Unión precisen interpretación (así, sentencias de 5 mayo 2011, asunto C-537/09, *Barlett et a. c. Secretary of State for Work and Pensions*, la precitada en el asunto *Gülbahce*) y suministrarle todos los elementos interpretativos que puedan resultarle útiles, hayan sido o no incorporados en el enunciado de las cuestiones (v. gr., sentencia de 22 marzo 2012, asunto C-248/11, *Nilas et a.*, y las citadas en el considerando 31); pero lo que aquí se ha hecho desborda en grado sumo los márgenes de lo permitido, resolviendo un problema que no existió.

de casos. Con las debidas reservas derivadas de una información bastante parca, se puede avanzar que nuestro menor residía en Suecia, y los tribunales suecos eran competentes: a la luz de la jurisprudencia anterior -sistematizada en la importante sentencia de 1 agosto 2022¹⁰-, afirmar que se produjo un cambio es precipitado. Dicho con alcance general, cuando un niño se traslada por motivos escolares, eventualmente interno en un colegio sólo durante el periodo de tiempo que dura el curso, no es inexorable anudar a esa circunstancia la conclusión de que hay transferencia. Se precisa introducir otros elementos en la ponderación, en particular si viaja solo (¿está interno o va con algún progenitor?) y el de la duración del traslado (¿está programada para prolongarse durante un lapso amplio o es para un periodo corto?), porque un desplazamiento ocasional y sin vinculaciones (por supuesto se habla de las suyas, no las de sus padres) con el nuevo entorno no genera residencia habitual¹¹. *Mutatis mutandis*, vendría a ser como el caso de los acogimientos residenciales, respecto a los que existe jurisprudencia nacional que asevera que no existe tal alteración en la residencia, de la misma forma que tampoco el TJ estima que necesariamente se produzca en todo caso: en la sentencia HSE desliza referencias a «los menores que, si bien tienen su residencia habitual en un Estado miembro, residen con carácter temporal u ocasional en otro Estado miembro»¹².

2. La defensa de la estabilidad y de los compromisos internacionales

8. El caso es que se ha fijado una regla que elimina cualquier sombra de duda, para un problema afortunadamente poco frecuente¹³. Dando por descontado que cuando en el curso del proceso se transfiera la residencia en el seno de la EU ha de primar el principio de perpetuación de la jurisdicción (la duda del TS sueco a este respecto no tiene demasiado fundamento), se aclara que en las que se verifiquen desde un EM a un Estado tercero pero parte del CLH 1996 primarán las soluciones de este último, respuesta extensible -por idénticas razones- a los cambios desde un Estado parte del CLH 1996 a un EM. Queda a los ordenamientos nacionales la respuesta a los traslados a Estados con los que no exista instrumento de cooperación.

9. La regla de la perpetuación obedece a la lógica de prevención de fraudes (no generar el incentivo para cambiar de residencia si las perspectivas judiciales son malas, o hacerlo para frustrar los derechos del demandante, al mantener una determinada situación de hecho justificada y a la espera de una resolución que nunca llega) y de dotar de celeridad a los procedimientos (hay que evitar a toda costa la discusión sobre si se ha adquirido una nueva residencia o no, lo que implica decidir si un traslado ha sido legal o no¹⁴; igualmente, tener que reiniciar un proceso cuando está ya avanzado no cuadra con ese objetivo)¹⁵. Sobre esto no hay nada que añadir¹⁶. En la UE -lo mismo que en la LOPJ- es la orientación prevaleciente. El TJ reafirma su valor, y sólo el art. 52 CLH 1996 justifica la conclusión alcanzada. De hecho, el resto de los motivos aludidos *supra* carecen de peso real:

¹⁰ Asunto C 501/20, MPA c. LCDNMT (ECLI:EU:C:2022:619). Recuérdese que la Corte alude a tres requisitos: presencia física, continuidad, integración en un entorno social y familiar.

¹¹ Como mínimo estos casos suscitan dudas: STS de 16 diciembre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5223), que termina invocando el art. 13 RB II bis (presencia de los menores en España).

¹² STJUE de 26 abril 2012, asunto C 92/12 PPU, HSE (ECLI:EU:C:2012:255).

¹³ No deja de ser elocuente que en el comentario al art. 61 RBII bis J. PIRRUNG ni se plantea el tema controvertido. *Vid.* en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *European commentaries on private international law, IV, Brussels II bis Regulation*, Colonia, 2017.

¹⁴ El AAP Valencia de 25 noviembre 2021 (ECLI:ES:APV:2021:2883A) constituye un buen ejemplo de las dificultades inherentes a un traslado, cuando la discusión se envenena al desplazarse a, entre otras cosas, las dudas y suficiencia del material probatorio de su legalidad.

¹⁵ Para una explicación general, E. GAYÁN RODRÍGUEZ, “Excepciones a la aplicación de la *Perpetuatio Iurisdictionis* como criterio determinante de la competencia judicial internacional”, en RECA, 1993, pp. 107 ss. Para el tema que nos ocupa es muy útil 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”, en CDT, 2020, pp. 110-111.

¹⁶ Salvo que al tratarse de un desplazamiento en mitad del proceso, es previsible que no se haya tomado medida definitiva alguna aún. Si eventualmente fuera así, el art. 14 del Convenio tiene el mérito de garantizar el mantenimiento de las adoptadas al amparo de los arts. 5 al 10 aunque cambien las circunstancias de hecho.

- a) El argumento basado en el art. 8 RBII bis: construir el sistema a partir del valor central del foro de la residencia habitual no conduce *per se* a nada. Primeramente, porque su imperio no es absoluto -como hemos visto a propósito del art. 12 RBII bis, o puede valer para el art. 9 RBII bis (actual art. 8 RBII ter)-; en segundo lugar, porque es parcial, necesitando de su concreción temporal. Aseverar que la norma de competencia general del art. 8.1 RBII bis pueda aplicarse a litigios que impliquen *relaciones* entre los órganos jurisdiccionales de un EM y los de un tercer Estado¹⁷, como subraya el TJ, no implica nada, ni afirma ni niega *per se* la vigencia de la *prorrogatio*¹⁸, porque le falta aquella delimitación que incorpora el art. 61 (actual art. 97 RBII ter). Lo mismo se podría interpretar que este último señala cuál es el criterio relevante (la residencia habitual del menor) y aquel el momento a considerar (el del inicio del procedimiento), como también que se ha dejado imprejuizada la respuesta que haya de darse a circunstancias sobrevenidas.
- b) El argumento basado en el art. 61 RBII bis y la falta de concreción temporal en él. Dejando de lado que a propósito de esta disposición se vierten aseveraciones que no son sino una obviedad en el mejor de los casos (ejemplo de argumentación aluvional¹⁹), es verdad que no congela en el tiempo la residencia relevante, a diferencia del art. 8. Pero más bien parece que esa sea tarea propia de los criterios de competencia judicial, no de una norma sencilla que no funciona aisladamente y cuyo objetivo es delimitar regímenes jurídicos, acogiendo en bloque una solución general y distribuyendo parcelas aplicativas, y a partir de lo cual, en honor al escrupuloso respeto de la coherencia interna, se aplica uno u otro en su integridad.
- c) Claro que cualquier solución en estos temas tiene que pasar el filtro de su adecuación al interés del menor. La reflexión final de la sentencia comentada, en el sentido de que tal interés no queda comprometido porque los órganos jurisdiccionales de los Estados parte del Convenio deben garantizar que sea una consideración primordial, no merece mayor atención: la protección es fungible, cierto, se da por descontado; pero no era de eso de lo que se hablaba, sino de qué principio de ordenación cuadra mejor con tal interés y a qué se ha comprometido el legislador. Incluso más, el contenido de tal interés no tiene por qué ser igual en los países de la UE y en los Estados parte del convenio, porque en los primeros se integran componentes desconocidos en estos (piénsese en todas las audiencias previstas). Al final, la respuesta peca de falta de atención a las implicaciones procesales de la solución (las prealudidas dilaciones, los costes de traducción...)²⁰.
- d) El art. 52 CLH 1996 sí es un argumento definitivo, pero no obedece a una lógica iusprivatista ni se inspira en el interés del menor. No es tanto, como afirma la sentencia, que haya que

¹⁷ La expresión “relaciones entre órganos judiciales” es realmente desafortunada, porque las relaciones o se instauran entre individuos que deciden acudir a un concreto tribunal o se plantean en clave de cooperación, generalmente entre autoridades centrales (sin perjuicio de las relaciones directas, arts. 34 ss. CLH 1996), y desde luego no en la fase de cognición. Lo único que se puede decir es lo que con alcance general se dijo en *Owusu* y en este ámbito de materias se afirmó en la sentencia de 17 octubre 2018 (asunto C-393/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:835), o sea, que el reglamento se aplica también en asuntos en los que están implicados un tribunal de un EM y otro de un Estado tercero, pero no porque el objetivo sea «eliminar los obstáculos al funcionamiento del mercado interior derivados de las disparidades entre las legislaciones nacionales en la materia», como si tuviera algo que ver, sino porque hay que informar a los propios órganos judiciales de si tienen jurisdicción o no.

¹⁸ La palabra “relaciones” alude a un amplísimo abanico de elementos de hecho que toquen a varios Estados (por ejemplo, la residencia de los progenitores, la nacionalidad de los afectados). Sólo hay una vicisitud que no entra en el art. 8 RB II bis, que es el traslado de la residencia del menor a un Estado parte del CLH durante el procedimiento, porque esta hipótesis va a quedar excluida de esa norma.

¹⁹ Hay cosas innecesarias, como por ejemplo afirmar que no se aplica exclusivamente en las relaciones entre EEMM, o que el art. 61 sobre reconocimiento y ejecución va en la misma dirección, cuando la norma lo único que hace -sin innecesarias referencias temporales- es recordar que perviven dos modelos de eficacia transfronteriza de resoluciones, en función del Estado de procedencia. La inutilidad del argumento es evidenciada igualmente por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Traslado de la residencia habitual de un menor y competencia judicial internacional”, en *La Ley Unión Europea*, nº 106, 2022, p. 5 de la versión *online*.

²⁰ Y por eso no se entiende la reiteración de las normas de pseudo *forum non conveniens* en el RBII ter, que tienen la virtud de desactivar cualquier crítica a las soluciones que desde esta vertiente se hagan al art. 5.2 CLH 1996. En este sentido, la solución que se proponía de mantenimiento a ultranza de la competencia y corrección mediante transferencia *ex arts. 8 y 9 CLH* peca a mi juicio de farragosa. *Vid.* 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”, en *Polski Proces Cywilny*, 2021, p. 600.

poner en valor la intención del legislador de la UE de no menoscabar las estipulaciones del Convenio (como si tuviera el poder de decidir unilateralmente si menoscabar o no el Convenio), sino que es tan simple como echar mano del Derecho de los tratados (art. 30 del convenio de Viena de 1969). El apartado 2 del art. 52 CLH (probablemente superfluo), dictado en contemplación de los trabajos de lo que sería el Convenio Bruselas II -cuya elaboración discurrió en paralelo a los trabajos de la Conferencia de La Haya²¹-, admite que los Estados parte pueden concluir acuerdos que contengan disposiciones sobre las materias reguladas en el Convenio, respecto a niños residentes en uno de los Estados participantes en tales acuerdos, dejando claro el 3 que éstos no pueden afectar a la aplicación de las disposiciones convencionales en las relaciones de esos Estados y los demás Estados contratantes. En este sentido, el informe Lagarde expresa el temor a que la utilización en el instrumento regional de foros de competencia judicial distintos a los convencionales pudiera llegar a convertirse en causa para una negativa a dotar de eficacia en el territorio de un EM a resoluciones procedentes de un Estado parte del CLH (*ex art. 23.2.a*)²². Por consiguiente, no es posible alterar el juego del art. 5 CLH tal y como fue pactado en su momento²³.

10. Permítaseme sólo dos acotaciones, reconocidamente estériles ante lo inexorable: a) Es cuestionable que la solución convencional sea la más beneficiosa para los menores, que conscientemente ha sido descartada por el legislador europeo frente a quienes postulaban una alineación, ponderando que en esta época los objetivos de proximidad mínima razonable se pueden alcanzar por medios telemáticos²⁴. Para aquel, la estabilidad judicial es un principio esencial. El cambio de jurisdicción no es sólo fuente de dilaciones y de costes, como se apuntaba *supra*, sino que implica un cambio de ley aplicable (art. 15 CLH) y debería desembocar en la pérdida de la competencia para cuestiones conexas como los alimentos, si el foro usado es el del art. 3.d del reglamento 4/2009; b) El art. 52 CLH tuvo pleno sentido cuando fue negociado, cuando se estaba elaborando el Convenio Bruselas II, tan restringido en cuanto a su ámbito material de aplicación que se podía presumir que las interferencias y fricciones con el de La Haya iban a ser nimias²⁵. Bruselas era esencialmente un convenio sobre crisis matrimoniales²⁶. Pero desde el momento en que el reglamento se expande y se solapa con el convenio de 1996, es imprescindible replantearse su alcance, para reconducirlo a los fines perseguidos, o sea, no frustrar el régimen de reconocimiento y eje-

²¹ A. BORRÁS, “Comentario al art. 8”, en MAGNUS/MANKOWSKI (eds.), *European commentaries...*, *op. cit.*, p. 115. No obstante, cuando se redacta esa norma el tipo de instrumento regional que se tiene en mente es de alcance material muy limitado, el primitivo Convenio Bruselas II: muy bien narrado en O. BOBZYŃSKA, “Brussels II ter Regulation...”, *op. cit.*, pp. 596-597.

²² *Vid.* p.73. Por supuesto la observación es predicable para los Estados parte, que al amparo de ese mismo art. 23 CLH pueden rechazar el *exequatur* de las resoluciones procedentes de un EM emanadas por un tribunal adherido a la *perpetuatio iurisdictionis*.

²³ Otra cosa distinta es que mientras no se disponga de una definición compartida de residencia habitual el régimen del *exequatur* va a seguir pendiendo de los conceptos nacionales y por tanto la efectividad sigue comprometida. No es menos cierto que en este tema no hay solución: en 2018 la Oficina permanente de la Conferencia elaboró una Nota sobre la residencia habitual y el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional: Ninguna conclusión concreta, salvo la necesidad de no confundir con la nacionalidad y hacer una ponderación de factores en presencia, entre los que se incluyen algunos razonables (los motivos de la estancia en un lugar, dónde se trabaja, la duración, los lazos de todo tipo) y otros expresamente rechazados por el TJUE como las intenciones de las partes. Igualmente, coincide con el TJUE en el sentido de que cuanto menor sea el niño más dependerá de sus padres la determinación de su residencia habitual.

²⁴ Por ejemplo, T. KRUGER/L. SAMYN, “Brussels II bis: Successes and Suggested Improvements”, en *JPIL*, 2016, p. 153; V. LAZIĆ y otros, *Recommendations To Improve the Rules on Jurisdiction and on the Enforcement of Decisions in Matrimonial Matters and Matters of Parental Responsibility in the European Union*, 2018, p. 9.

²⁵ *Cfr.* P. MCELEAVY, “The 1996 Hague Convention and the European Union: Connection and Disconnection”, p. en VVAA, *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge, 2013, p. 372. Igualmente véase H. VAN LOON, “Allegro sostenuto con Brio, or: Alegría Borrás’ Twenty-five Years of Dedicated Work at the Hague Conference”, en J. FORNER DELAYGUA y otros (eds.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado: Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pp. 582-583.

²⁶ *Cfr.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La cláusula de compatibilidad del art. 52.2 del Convenio de La Haya de 1996 y los instrumentos comunitarios”, en C. ESPLUGUES MOTA/G. PALAO MORENO (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, 2012

cución de resoluciones, asegurándolos sea cual sea el foro de competencia utilizado por el juez de origen. De otro modo, tiene el efecto de comprometer la eficacia del tan mentado principio esencial.

3. Recapitulación de combinaciones

11. A partir de la doctrina del TJ se puede ofrecer una respuesta a las diversas hipótesis de desplazamiento de la residencia habitual del menor. Expuestas de forma telegráfica, y a salvo ulteriores matices²⁷:

- a. Desde un EM a otro EM: La menos problemática, prevista en el art. 8 RBII bis sobre la base de la idea de perpetuación de la jurisdicción²⁸.
- b. Desde un EM a un Estado parte en el CLH: es lo que resuelve la sentencia comentada, afirmando el desplazamiento de la competencia²⁹.
- c. Desde un Estado parte en el CLH a un EM: partiendo de que el TJ no ha resuelto esta situación y de que no se puede trasladar sin más la respuesta de la sentencia comentada, con las debidas cautelas cabe augurar que por mor del art. 52 CLH 1996 el tribunal que estuviera conociendo aplicará la solución del art. 5 CLH y dejará de conocer, conforme a su sistema procesal interno, y el tribunal del EM de la nueva residencia tendría que aceptar la propia competencia si se interpusiera una demanda.
- d. Desde un Estado parte del CLH a otro Estado parte en el CLH: en aplicación del art. 5.2 se dejará de tener competencia automáticamente, que será asumida por el juez de la nueva residencia.
- e. Desde un Estado ajeno a los instrumentos de colaboración a España. Teniendo en cuenta que los jueces de ese otro Estado han asumido competencia y se ha iniciado un procedimiento (recuérdese que si no es así no surge el problema) y que nuestros tribunales pasan a ser competentes para conocer de una acción sobre responsabilidad parental, podría darse una de estas dos situaciones: a) que los tribunales de ese otro Estado se inhiban tan pronto se les comunique el traslado: no existe óbice procesal alguno para que los órganos españoles entren -llegado el caso- a conocer del asunto; b) que apliquen la regla de la *perpetuatio*: en España se puede conocer del litigio, mas desembocamos en una situación de litispendencia del art. 39 LCJI.
- f. Desde España a un Estado ajeno a los instrumentos de colaboración. Desde el momento que el tribunal español se ha declarado competente *ex art. 7 RBII ter (8 RBII bis)*, y en ausencia de compromiso internacional alguno que abogue por otra respuesta, no queda más que estar a la idea de perpetuación sancionada en esas normas³⁰. Es indiferente cual sea la decisión que adopte el tribunal del Estado de destino, y por supuesto habrá que asumir el riesgo de que puedan generarse situaciones de litispendencia, sin solución desde nuestro foro (es inviable que se abstenga sólo porque otro tribunal esté conociendo o porque la resolución patria carecerá de efectividad).

12. La mera constatación de que un niño tiene una nueva residencia en sí misma no es importante para nuestros tribunales, que tiene transcendencia sólo cuando se manifiesta en alguna de las siguientes actuaciones, situaciones o fases:

²⁷ Recuérdese lo apuntado más arriba sobre convenios bilaterales, que no conforman un grupo autónomo de casos.

²⁸ Es la situación en la base de la STS de 17 febrero 2021 (ECLI:ES:TS:2021:532): Desplazamiento desde España a Francia de la madre con los hijos. Ni se cuestiona la competencia de los tribunales españoles.

²⁹ Ya antes la *Cour de Cassation* en sentencia de 30 septiembre 2020 había llegado a la misma solución que el TJUE, en un caso de un niño que en el curso de un proceso de divorcio se transfirió desde Francia a Suiza. Mientras que en primera instancia y en apelación se mantiene la competencia del foro francés, en casación el tribunal no se funda en norma alguna sino que se apoya en la legalidad del traslado y en la realidad de cuál es el lugar en el que vive el menor para llegar a la conclusión contraria.

³⁰ En las situaciones cubiertas por los convenios bilaterales se aplican las normas de competencia del RBIIbis/ter sin más matices: *Cfr. M. CELIS*, "Case C-572/21: The Court of Justice of the EU on the interrelationship between the Brussels II bis Regulation and the 1996 Child Protection Convention. The perpetuatio fori principle", en <https://conflictoflaws.net/2022/case-c-572-21-the-court-of-justice-of-the-eu-on-the-interrelationship-between-the-brussels-ii-bis-regulation-and-the-1996-child-protection-convention-the-perpetuatio-fori-principle/> (entrada de 26 de julio de 2022).

- a. Para controlar la competencia del tribunal español: sabemos que en la hipótesis a), el tribunal controla su competencia *in limine litis*, y cualquier vicisitud posterior no altera la conclusión, en honor a la regla de la *prorrogatio iurisdictionis*. Un cambio de residencia del menor no implica pérdida de competencia. Por tanto, no sería posible que las partes instaran su inhibición alegando el traslado (art. 751 LEC), cabiendo sólo instar la remisión del caso *ex* art. 12 RBII ter (15 RBII bis)³¹. Por contra, en la b) y en la d), si los jueces españoles son los que estaban conociendo del caso, y no existiendo dudas sobre el Estado en el que vive el menor³², la respuesta viene dada por el art. 36.2.2º LEC (abstención de conocer en base a la competencia exclusiva de los órganos judiciales extranjeros atribuida por convenio internacional), bastando un escrito dirigido al tribunal español -en cualquier momento- para que se inhiba (art. 38 LEC)³³. Si cuadra o no esta pura abstención con el interés del menor -con el consiguiente riesgo de incertidumbre en cuanto a su situación jurídica- es otra historia³⁴. Va de suyo, por lo demás, que si se trata de la hipótesis c) y España es el país de destino de la transferencia de domicilio, la identificación de cuáles sean los actos a realizar en origen escapa a la esfera de poder de nuestros tribunales, sometidos como están a la normativa procesal de ese Estado. En la lógica del CLH encaja que un tribunal del Estado parte haya de abstenerse de conocer tan pronto conozca que ha dejado de ser el de la residencia del niño, lo que abogaría -en un caso como el descrito- por imponer a los órganos españoles la carga de informar al que estuviera conociendo del litigio de las nuevas circunstancias, en cuanto tengan conocimiento de ellas (lo cual es improbable si no es porque las partes colaboran o -normalmente- porque se presenta una nueva demanda en España). El cauce bien puede ser el recurso a la asistencia de la autoridad central, todo ello al amparo del art. 30 CLH 1996^{35, 36}.

Dicho lo anterior, reténgase que:

- i. Va de suyo que si el art. 38 LEC prevé la audiencia a las partes y al ministerio público es porque el juez español no tiene por qué aceptar mecánicamente las conclusiones a las que ha llegado un juez extranjero sobre residencia habitual del menor, de forma que si del material probatorio no se deduce la realidad de la pretendida transferencia no debería dejar de conocer (la confianza recíproca no se extiende hasta este extremo fuera del espacio integrado³⁷; téngase en cuenta que el art. 25 CLH³⁸ se ubica entre las normas sobre reconocimiento y ejecución).

³¹ La vía del art. 13 choca con la dificultad de que estaríamos hablando de presentar la solicitud de transferencia ante los tribunales de la residencia habitual del menor, que es justo lo que no prevé su apartado primero.

³² Si el objeto del litigio fuera específicamente la determinación de la residencia habitual, puede darse o que subsista la controversia -y en ese caso hay que resolver- o que se disipen las dudas, supuesto de terminación del proceso por carencia sobrevenida de objeto.

³³ Si el cambio de residencia se produce después de recaída sentencia y estando pendiente el correspondiente recurso, lo que ocurre es que decae (a salvo la eventual discusión sobre si ha existido o no traslado).

³⁴ Las comunicaciones por medio de la autoridad central pueden ser útiles, pero al final la defensa más vigorosa del niño puede toparse con la imposibilidad de los progenitores de reinstaurar el proceso, y ese interés queda al albur de que el ministerio fiscal tenga legitimación activa (recuérdese que en España no es el caso).

³⁵ El informe oficial (p. 61) no prevé este tipo de cooperación, limitándola a la relativa a informar sobre la legislación y a los servicios disponibles. No obstante, nada en el tenor del art. 30 las excluye. Al fin y al cabo, lo que está en juego es el reconocimiento y ejecución de las decisiones.

³⁶ Los cauces diseñados en los arts. 8 y 9 CLH 1996 para la transferencia del conocimiento del caso no valen en esta situación, porque el punto de partida es que la residencia habitual del menor sea indiscutida y no cambie. En el RBII bis/ter (arts. 15/12-13 respectivamente), como es sabido, al asumirse una solución diferente, sería una posibilidad de comunicación abierta a los tribunales nacionales.

³⁷ Siendo un criterio no jurídico sino puramente fáctico, y a diferencia del domicilio, no hace falta referirse al Derecho del foro o a cualquier otro para verificar si se ha atribuido o no la residencia habitual. El juez no tiene otra vinculación -a la hora de apreciarla- que el material probatorio obrante en autos.

³⁸ Recuérdese: «La autoridad del Estado requerido está vinculada por las constataciones de hecho sobre las que la autoridad del Estado que ha adoptado la medida haya fundado su competencia».

- ii. En la lógica cuasi automática del sistema español, el auto por el que se decreta el archivo debería imponer las costas al demandante, mas no tiene sentido que se siga esta consecuencia de una actuación que no se corresponde con las que típicamente generan tal imposición, en la medida en que no se ha desconocido derecho subjetivo ajeno alguno, tratándose de hechos que escapan a la voluntad del actor³⁹.
 - iii. Siendo la lógica subyacente a la pérdida de competencia el papel preponderante del foro de la residencia habitual del menor, ello debe implicar que, iniciado un proceso en un EM de la residencia, el traslado a un Estado parte del CLH no comporta pérdida de la competencia mientras que en éste no se adquiera una nueva residencia; por supuesto que tampoco podrían los órganos judiciales de estos últimos conocer de una demanda en base al art. 6 del Convenio (foro de la presencia) mientras retenga una residencia habitual: es claro que desde el momento en que un tribunal considere que el menor tiene residencia en su territorio, y no existiendo otra, adquiere lo que *a priori* puede calificarse como competencia exclusiva.
 - iv. La misma solución amparada por la sentencia vale para la hipótesis de sucesivas presencias en diversos Estados, sin residencia habitual en ninguno de ellos: los diversos lugares de estancia del niño van determinando el tribunal competente. La única forma de alcanzar algo de estabilidad sería, en ambos instrumentos, el mecanismo remisorio.
 - v. Justamente en atención al valor de principio de la residencia habitual, la solución que da el TJ vale cuando se esté conociendo en base al foro principal, no cuando se asume competencia en base a otro criterio.
- b. Un traslado de residencia provoca los conflictos más graves sólo cuando se generan situaciones de litispendencia: al fin y al cabo, en condiciones normales una mera transferencia que no venga seguida de la instauración de un nuevo procedimiento en el segundo Estado no da lugar a discrepancias en cuanto a tribunal competente ni hace dudar sobre eficacia futura de las resoluciones⁴⁰. En estas circunstancias, conviene recordar que la sentencia comentada no se emana en un caso de procedimientos en paralelo, ni se preocupa por esa eventualidad, limitándose exclusivamente al sistema de competencia judicial. En consecuencia, no se puede deducir de ella ninguna orientación específica, y sólo queda aplicar las reglas generales en la materia. En puridad (salvo matices, *infra*), riesgo de litispendencia existe exclusivamente en las hipótesis a), e) y f), porque, por definición, se trata de una situación que se produce cuando hay dos tribunales simultánea y potencialmente competentes. O dicho de otra forma, no existirá si uno de ellos no está en condiciones de conocer de un asunto porque carece de competencia, aunque sea por circunstancias sobrevenidas. Sólo donde esté vigente la regla de la *perpetuatio iurisdictionis* y no exista coordinación entre jurisdicciones podrían continuar los procedimientos y desarrollarse dos en paralelo, nunca donde lo que cuadre sea la inhibición. En consecuencia:
- i. en un entorno cooperativo como el de la UE, el art. 20 RBII ter zanja cualquier problema que eventualmente pueda surgir, dando preferencia a la prioridad temporal sin posible discusión en torno a los méritos de una u otra jurisdicción para conocer de una demanda. O sea, no es posible que ningún tribunal se arrogue competencia mientras el primer foro siga considerándose competente.
 - ii. en la situación c) la regla de la prioridad temporal no entra en juego (hablo siempre de situaciones de traslado), por mucho que el art. 97 RBII ter sancione la aplicabilidad de la regla del art. 13 CLH cuando el primer tribunal que conoce sea de un Estado parte del

³⁹ Otra es la respuesta cuando se está discutiendo en cuanto a la residencia habitual y existe controversia entre las partes. De otra parte, es claro que un demandado puede cambiar la residencia para frustrar las expectativas del actor, pero esa estrategia o encuentra acomodo entre las sancionables *ex art.* 11.2 LOPJ.

⁴⁰ Por descontado que no es razonable pensar que, si se ha iniciado un proceso en un Estado y luego hay un cambio de residencia, las partes vayan a limitarse a solicitar la inhibición del tribunal. Lo normal es que subsista el interés en el objeto del litigio y se desee obtener una resolución, en un foro o en otro.

- CLH y el segundo de un EM⁴¹: ese primer tribunal deja de ser competente desde el instante en que no es ya el de la residencia del menor⁴². Igualmente, en la hipótesis planteada en la sentencia, que no es la del mentado art. 13 CLH, se pierde la competencia, y por lo tanto tampoco puede producirse litispendencia.
- iii. permítaseme insistir en que cuando no exista instrumento pactado de coordinación (e y f), el tribunal español puede conocer en base a la nueva residencia de un menor sin perjuicio de que otro tribunal siga haciéndolo, y a salvo el art. 39 LCJI, de la misma forma que no va a dejar de tener competencia por el hecho de un traslado al extranjero (art. 22 *octies* LOPJ), sin prejuzgar lo que en otras jurisdicciones se pueda hacer.
 - iv. lo dicho hasta aquí vale para supuestos de residencia habitual no controvertida, pero cabe el caso patológico en el que un tribunal no reconozca que el menor ha adquirido otra residencia en el extranjero y por lo tanto deseche la idea de dejar de conocer. Teóricamente el art. 13 CLH podría dar una respuesta, mas la abstención de conocer se basa en el previo escrutinio sobre la competencia de la primera autoridad que esté conociendo, y, no contando con un concepto compartido de residencia habitual, nada impide asumir el conocimiento de la causa en base al art. 5 CLH. Será arduo, pues, ofrecer una solución preventiva, de modo que la respuesta vendrá en la eventual fase de reconocimiento y ejecución.
- c. Bastará un breve apunte en cuanto al tercer punto enunciado más arriba. Un traslado de residencia del menor no altera *per se* la eficacia de la (única) resolución que se dicte, si los tribunales han respetado las normas sobre competencia judicial. El problema surge cuando aquella vicisitud no ha sido reconocida en el foro (consecuencia del manejo de diversos conceptos de residencia habitual) o cuando, aun reconocida, no se le da relevancia. Todo ello, en fin, desemboca en la emanación de resoluciones inconciliables. En estas circunstancias no hay alternativa a la primacía a la decisión del foro o a la posterior⁴³ de otro Estado (el de residencia del niño), siempre que satisfaga los estándares mínimos de orden público y derechos procesales (arts. 23 CLH 1996, 23 RBII bis, 38 y 50 RBII ter). El mero hecho de que se esté desarrollando un procedimiento en el foro no es óbice para reconocer y ejecutar decisiones extranjeras con el mismo objeto (a salvo el art. 46.1.f LCJI y algunos convenios bilaterales⁴⁴), sólo que dejarán de producir efectos en cuanto sea dictada la propia. Me interesa en todo caso evidenciar tres detalles:
- i. es sabido que en el espacio europeo los errores en punto a identificación de los hechos que fundan el criterio de competencia no son causa de no reconocimiento⁴⁵. Ni siquiera los jueces del Estado de verdadera residencia de un menor pueden escudarse es ellos, y solo la instauración de un nuevo procedimiento (y la obtención de una nueva resolución) servirá para excluir la eficacia de la equivocada⁴⁶.

⁴¹ Adviértase, por otra parte, que la traducción española del art. 97.2.c es sumamente deficiente, porque hablar de "...en el momento en que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro esté conociendo de un litigio..." no deja claro que se piensa en situaciones de primacía temporal del juez que está aplicando el CLH, describiendo un panorama incomprensible. Las versiones francesa, inglesa o italiana, por ejemplo, sí recogen bien ese aspecto.

⁴² El RBII bis no preveía expresamente nada en el art. 61, y el art. 52 CLH tampoco despejaba las dudas, porque el art. 13 del Convenio parte de la base de que dos tribunales sean simultáneamente competentes de acuerdo con las disposiciones convencionales, y en nuestro caso uno de ellos estaría siguiendo las reglas del reglamento.

⁴³ Recuérdese que la LCJI, escasamente adaptada a las específicas necesidades del Derecho de familia, se ancla en la preeminencia de la resolución anterior procedente de un tercer Estado (art. 46).

⁴⁴ En concreto, y prescindiendo de matices, Uruguay (ver art. 8), Rusia (art. 18), China (art. 22), Marruecos (art. 23), Túnez (art. 17), Argelia (art. 16) y Mauritania (art. 16).

⁴⁵ STJ de 16 enero 2019, asunto C-386/17, Liberato c. Grigorescu (ECLI:EU:C:2019:24).

Sería imaginable acudir al art. 11 LOPJ para excluir la viabilidad de la excepción basada en la existencia de una resolución extranjera, aduciendo que el traslado se ha realizado con ánimo fraudulento, mas las dificultades probatorias se antojan insuperables.

⁴⁶ En el espacio de la CLH, sin embargo, *vid.* art. 23.2.a.

- ii. cuando, antes de dictar una resolución definitiva, el tribunal hubiera adoptado una medida provisional o cautelar en tanto que tribunal de la residencia habitual del menor, y seguidamente pierde la competencia para conocer del fondo del asunto, llegaremos a una situación chocante, la de unas medidas que, habiendo nacido con vocación extraterritorial y expansiva, quedan rebajadas en cuanto a su eficacia territorial, confinadas al espacio en el que hayan de ejecutarse (o simplemente extinguidas si el tribunal no es el de situación del niño ni de los bienes): el desplazamiento de la competencia es global y obliga a realizar un reajuste.
- iii. una resolución sobre responsabilidad parental lleva aparejada ejecución si en el ordenamiento de origen es un título ejecutivo, y ello comporta la imperativa realización de todos los actos necesarios para alcanzar ese carácter. Esto es obvio, sea cual sea el instrumento usado. Pues bien, las decisiones españolas deben ser firmes (o sea, han tenido que ser notificadas⁴⁷) para ser ejecutables, pero a partir de ese momento no es necesario hacer nada más ni esperar tiempo alguno. En consecuencia, el traslado de residencia posterior no equivale a tribunal incompetente ni el efectuado en los veinte días posteriores a la firmeza de la resolución merma el carácter ejecutivo de la decisión (art. 548 LEC)⁴⁸.

III. Un apunte final

13. No se pierda de vista que la respuesta del TJ sólo consagra la pérdida de competencia de un tribunal cuando el menor se traslada desde un EM a una parte del CLH 1996. Su solución queda restringida a esta hipótesis, sin posible extrapolación a movimientos en otra dirección ni a la utilización de criterios de competencia diferentes a la residencia habitual.

14. Afortunadamente no es muy frecuente que un menor cambie de residencia en mitad de un proceso, porque las consecuencias derivadas de tal vicisitud rompen los esquemas asumidos de preferencia por la estabilidad de la afirmación de la competencia (o sea, la *perpetuatio iurisdictionis*). Es el inexorable resultado de la proyección del Derecho de los tratados sobre los modelos de regulación yuxtapuestos e inspirados en principios contrapuestos. Parece claro que el art. 52 CLH 1996 no deja excesivo margen de interpretación, y que el TJ no podía afirmar otra cosa que lo que ha afirmado, mas no deja de ser cierto que el esquema de convivencia del RBII ter y el CLH se diseña en un momento en el que el proyectado Convenio Bruselas II no se parecía mucho al reglamento vigente. Es a mi juicio una situación indeseable, pero de la que a día de hoy no se puede escapar.

⁴⁷ Aunque el art. 55 RBII ter permita que una resolución no haya sido notificada al ejecutado, no es concebible que en el formulario el juez español declare que es ejecutiva si no se ha procedido a hacerlo.

⁴⁸ Si se admite que esta norma es aplicable, lo que es dudoso visto el tenor del art. 774 LEC, poco proclive a los tiempos muertos en este tema.

Responsabilidad por daños causados debido a productos defectuosos en caso de intervenciones médicas. A propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid del 21 de junio de 2021

Product liability in case of medical intervention. Regarding to the judgement of the Madrid Court of First Instance of 21st June 2021

DAVID CUENCA PINKERT
Doctor en Derecho
Universidad de Colonia (Alemania)

Recibido: 14.12.2022 / Aceptado: 06.02.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7573

Resumen: El Juzgado de Primera Instancia de Madrid tuvo que pronunciarse en un supuesto prototípico que nos hace recordar la catástrofe del uso médico de la talidomida y a raíz del cual surgieron varias sentencias de ulteriores instancias en procedimientos paralelos e independientes, sobre la cuestión de si en caso de padecer daños un paciente tratado con un producto tóxico vendido por una empresa alemana y empleado en una intervención médica en España, es aplicable el derecho español a la pretensión indemnizatoria del paciente contra la aseguradora de la empresa, también germana, pudiéndose ejercitar mediante la acción directa contra la aseguradora, tan solo prevista en el propio ordenamiento.

Ésta sentencia de primera instancia se limita a aplicar precipitadamente la *lex loci damni* prevista en el artículo 4 (1) del Reglamento (CE) N° 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (en adelante: Roma II), zanjando así la cuestión sobre el derecho aplicable invocada por la demandada y logrando de este modo la aplicación del derecho español.

Resulta especialmente interesante analizar este panorama, pues a la luz de éste se demuestra cómo la actual jurisprudencia española solventa las cuestiones intrínsecas de derecho internacional privado, tales como la relación del Reglamento Roma II con el Convenio de la Haya de 2 de octubre del 1973, la aplicación del art. 5 Roma II en caso de daños causados por productos empleados en intervenciones médicas y la conexión alternativa del art. 18 Roma II, cuando el régimen al cual el contrato de seguro está sometido excluye la acción directa; cuestiones ignoradas o resueltas, a mi juicio, errónea o muy vagamente por los órganos jurisprudenciales.

Palabras clave: conflicto de leyes, responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, cláusula de escape, obligación extracontractual, norma general, normas imperativas y preferentes, subsidiariedad.

Abstract: The Madrid Court of First Instance had to rule in a prototypical case reminiscent of the thalidomide catastrophe, which gave rise to a number of subsequent judgments in parallel and independent proceedings. The main question was if a patient suffers damage when treated with a toxic product sold by a German company and used in a medical operation in Spain, is Spanish law applicable to the patient's claim for compensation against the German company's insurer. In particular, the court had to

decide if the claim could be exercised by means of direct action against the insurer, which is only provided in the Spanish legal system and not in the German one.

The judgment of first instance merely applies the *lex loci damni* provided for in Article 4 (1) of Regulation (EC) No 863/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (hereinafter: Rome II), thus settling the question of the applicable law invoked by the defendant and thus achieving the application of Spanish law

It is particularly interesting to analyse this panorama, as it shows how current Spanish court ruling resolves intrinsic questions of private international law, such as the relationship of the Rome II Regulation with the Hague Convention of 2 October 1973, the application of Art. 5 Rome II in the case of damage caused by products used in medical interventions and the alternative connection of Art. 18 Rome II, when the regime to which the insurance contract is subject to excludes direct action; questions are ignored or resolved, in my opinion, erroneously or vaguely by the courts.

Keywords: conflict of laws, product liability, escape clause, non-contractual obligation, general rule, mandatory and preferential rules, subsidiarity.

Sumario: I. Indicación previa. II. Resumen de los antecedentes de hecho. III. La formulación de los fundamentos de derecho. IV. Análisis de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 47 de Madrid del 21 de junio de 2021. 1. Pautas para examinar el derecho aplicable. 2. Grado de rigurosidad del esquema de aplicación de las normas de conflicto. 3. Apuntes a la interpretación del artículo 5 Roma II en caso de tratamiento con medicamentos tóxicos. 4. Breves apuntes sobre la “cláusula de escape” en relaciones jurídicas tripartitas. V. La sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Madrid del 25 de marzo del 2022 en un caso paralelo. VI. La sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Madrid del 10 de diciembre del 2019 en otro caso paralelo. VII. Auto del Tribunal Supremo del 27 de abril del 2022 – inadmisión del recurso de casación. VIII. Conclusiones.

Indicación previa

1. La sentencia objeto de comentario – a pesar de proceder de un juzgado de primera instancia y de no tener así aparente trascendencia – aborda varias cuestiones jurídicas que radican en las alegaciones formuladas por la parte demandada, tales como la prescripción, la causalidad, causas de exoneración y cuantía indemnizatoria. El derecho aplicable tan solo es una de ellas. Dado que la cuestión de la ley aplicable es, junto a sus preguntas vinculadas, la única relevante desde un punto de vista de derecho internacional privado, se ha optado por examinar ésta solamente.

Resumen de los hechos probados y antecedentes de hecho

2. D. Jose Manuel (en adelante: el actor), nacido en 1971, se sometió entre enero y marzo de 2015 a cuatro intervenciones quirúrgicas por desprendimiento de retina en el ojo derecho en la clínica oftalmológica BEGITEK en Gipuzkoa. En el transcurso de la actuación médica se aplicó el producto sanitario ALA OCTA (perfluorooctano), fabricado por la empresa alemana ALAMEDICS GmbH & Co. KG, que a fecha del 26 de junio de 2015 fue retirado – de comercialización y uso – por orden de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, a causa de su toxicidad. Como resultado del uso referido, el nervio óptico del ojo derecho del actor sufrió un daño catastrófico, con pérdida total de visión.

3. El actor ya presentaba una agudeza visual de 0,050 en el ojo izquierdo, del cual fue intervenido en cinco ocasiones entre los años 2000 y 2001. La agudeza visual del ojo derecho, a consecuencia del empleo del perfluorooctano, se redujo a 0,000.

4. El actor fue declarado en situación de gran invalidez con complemento mediante sentencia dictada a fecha de 23 de mayo de 2016 por el Juzgado de lo Social nº3 de Pamplona, en autos de Incapacidad 189/2016.

5. Con un escrito presentado a fecha de 20 de noviembre de 2018 se interpuso la demanda de Juicio Ordinario contra la aseguradora ALLIANZ VERSICHERUNGSAKTIENGESELLSCHAFT (ALLIANZ ALEMANIA), en ejercicio de acción de reclamación, solicitando la condena al pago de la suma de 972.835,83 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios, más los intereses legales del art. 20 LCS desde la fecha del siniestro, así como las costas del procedimiento.

La formulación de los fundamentos de derecho

6. El juzgado estimó parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador en representación del actor, condenando a la aseguradora ALLIANZ ALEMANIA al pago de un monto indemnizatorio de 170.054,43 (de los 972.835,83 euros solicitados en la demanda).

7. En el tercer fundamento, antes de pronunciarse sobre los aspectos sustantivos de la pretensión, el órgano analiza la ley aplicable. Constata que, en defecto de un vínculo contractual tanto con la empresa ALAMEDICS como con la aseguradora ALLIANZ ALEMANIA, la responsabilidad solo puede ser de carácter extracontractual. La sentencia cita el art. 4 (1) del Reglamento Roma II, que establece que: *“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño [...]”* El punto de conexión del art. 4 (1) Roma II es, en este caso, la *lex loci damni*. Luego se confirma tajantemente que el juzgado no aprecia circunstancias que puedan llevar a la aplicación de la cláusula de escape del art. 4 (3) Roma II. El juez concluye que es aplicable el derecho español y, con ello, la acción directa del perjudicado o de sus herederos contra la aseguradora para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar conforme al art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro (en adelante: LCS). Indica, además, que según el art. 18 Roma II la *“persona perjudicada podrá actuar directamente contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento si así lo dispone la ley aplicable a la obligación extracontractual o la ley aplicable al contrato de seguro.”* Concluye la sentencia que, ya que es aplicable el derecho español a la obligación extracontractual y dado que el derecho español contempla tal acción directa en el art. 76 LCS, esta última puede basarse también en el art. 18 Roma II.

8. A continuación, en el mismo fundamento, el órgano juzga sobre el planteamiento invocado por la demandada, según el cual el derecho español es derogado por el derecho alemán según la cláusula 32 de la póliza de seguros de la empresa fabricante, lo que abocaría a la falta de legitimación pasiva de la parte demandada, pues no contempla la póliza la acción directa del tercero perjudicado frente a la aseguradora del fabricante del producto. Se cita una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20, del 2 de mayo de 2020 n°161/2020, recurso n°749/2019 que detalla que las normas previstas en los Reglamentos son, al ser Derecho de la Unión Europea, imperativas y producen efecto directo también entre particulares, la cual invoca el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante: TFUE) y explica que una cláusula contractual no puede derogar o contradecir las normas de conflicto del Reglamento Roma II, ni prevalecer sobre éstas, como tampoco puede una cláusula derogar preceptos imperativos del derecho español, como lo sería el art. 76 LCS.

Análisis de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 47 de Madrid del 21 de junio de 2021

9. El órgano jurisprudencial da a entender inmediatamente tras haber expuesto los hechos probados (fundamento primero) y el planteamiento de las partes (fundamento segundo) que necesariamente se ha de examinar la cuestión de la ley aplicable, porque de ella dependerá efectivamente qué normas son aplicables en el curso de los fundamentos de derecho. Procede, en primer lugar, a determinar el derecho aplicable y pasa luego, en segundo lugar, a rebatir la argumentación esgrimida por la parte demandada.

Es acertado este modo de proceder, dado que el punto de partida es el derecho sustantivo aplicable al supuesto y para apreciar los argumentos invocados por la demandada hay que haber determinado con qué régimen se han de medir las normas alegadas, en este caso, la cláusula 32 de la póliza de seguros de la empresa fabricante.

Pautas para examinar el derecho aplicable

10. En lo que concierne al análisis del derecho aplicable, éste se rige – tal y como lo indica la sentencia – prevalentemente según las normas de conflicto europeas procedentes de los Reglamentos Europeos, y en especial para las obligaciones, conforme a los Reglamentos Roma I y Roma II, ya que nos encontramos ante un supuesto transfronterizo. La orden de aplicación expresada por el art. 288 TFUE es constituyente e imperativa, pues los mandatos de aplicación contemplados por los preceptos nacionales poseen carácter meramente declarativo, como lo serían el art. 10 (8) CC o el art. 3 nº1 del EGBGB alemán. Si fueran contradictorias las reglas de conflicto en relación a las europeas, como lo serían por ejemplo los preceptos nacionales sobre la sucesión *mortis causa* (art. 9 (8) CC o el artículo 25 EGBGB alemán), cuyo nexa sería la nacionalidad, sería prevalente el Reglamento de sucesiones (650/2012). En consecuencia, sólo las normas de conflicto europeas serían de aplicación, pues estas derogarían las nacionales opuestas.

11. En el ámbito de las obligaciones, la pregunta crucial radica en la bifurcación entre la obligación contractual y la relación extracontractual: de ello dependerá si es aplicable el Reglamento Roma I o Roma II. El TJUE define la relación contractual como “compromiso [jurídico] voluntario entre las partes”.¹ Cabe resaltar que la interpretación de qué puede ser un tal compromiso voluntario no es idéntica en el derecho nacional español y en el derecho internacional privado europeo, puesto que los conceptos del derecho de colisión europeo han de interpretarse desde un punto de vista autónomo, es decir, por sí mismos y considerando el modo de entender europeo y no el nacional. Por tanto, fenómenos como el contrato nulo, desde un punto de vista de derecho de colisión europeo, pertenecerían a la materia contractual y, por consiguiente, al Reglamento Roma I, mientras que en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, como el alemán, serían una obligación extracontractual.²

12. No en vano, se ha de tener en cuenta el art. 28 Roma II, relativo a la relación con los convenios internacionales existentes, cuyo primer apartado reza *que [e]l presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales*. En este sentido, hay que mencionar el Convenio de la Haya de 2 de octubre del 1973, sobre la Ley aplicable a la responsabilidad de productos, que, según la doctrina española, es prevalente al art. 5 Roma II, por haberse ratificado con anterioridad del Reglamento Roma II, quedando, pues, inaplicable la norma de conflicto especializada del Reglamento europeo.³ Sin embargo, a modo de excepción del apartado 1, el segundo apartado estatuye que *no obstante, por lo que respecta a las relaciones entre Estados miembros, el presente Reglamento [Roma II, en la medida en que afecte a las materias reguladas por el mismo, primará frente a los convenios celebrados exclusivamente entre dos o más Estados miembros*. No obstante, la palabra decisiva es *exclusivamente*, es decir, que la excepción tan solo se aplicaría a convenios, que se han ratificado exclusivamente por Estados miembros de la UE. En el caso de susodicho convenio relativo a la responsabilidad por productos, esto no es así, pues dicho convenio fue ratificado también por Croacia, Macedonia, Noruega und Serbia, con lo que no existe exclusivi-

¹ Sentencia del TJCE del 17 de septiembre del 2002, C-334/00 (Tacconi).

² El enriquecimiento indebido (*ungerechtfertigte Bereicherung*, §§ 812 ss. BGB) en la dogmática civil alemana pertenece a las obligaciones extracontractuales.

³ A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tratado de Derecho internacional Privado”, Tirant lo Blanch, 2020, tomo III, p. 1086.

dad. Mientras que ante tribunales franceses y austriacos existe la posibilidad de derogar el convenio por acuerdo de las partes,⁴ en España no está prevista esta práctica. Sin perjuicio de lo dispuesto, alguna voz en la doctrina alemana sostiene aplicar el art. 28 Roma II de forma análoga en aquellos casos, en los que no estén afectados los intereses de estos terceros países, lo cual aquí, por ser un supuesto transnacional entre España y Alemania, podría afirmarse.⁵ No debe ser rechazada *a priori* esta argumentación, porque efectivamente, si no les afecta a los países terceros la aplicación del art. 5 Roma II, el arraigo al Convenio resulta un mero formalismo. En definitiva, aunque se ha de admitir que la aplicación del Convenio sería lo correcto, a mi juicio, a la luz de susodicha argumentación y del valor de una unificación jurídica, la aplicación del Reglamento Roma II, en tanto que sea justificada, no debería clasificarse como error de derecho.

13. En lo que concierne a la presente nota de sentencia, a fin de evitar confusiones y visto que todas las resoluciones mencionadas aplican las normas de conflicto del Reglamento Roma II, he optado por tomar como base el Reglamento y no el Convenio.

14. El Juzgado, en el presente supuesto, constata que el actor en el momento de los hechos carecía de vínculo contractual tanto con la empresa alemana como con la aseguradora, la demandada, y, por consiguiente, concluye que se puede tratar solamente de una obligación extracontractual. Sin embargo, no ahonda la sentencia en la susodicha cuestión relativa a la aplicación del Convenio de la Haya, sino que se limita a aplicar directamente el Reglamento Roma II. Si bien no es error de derecho, debía haberse esclarecido la relación entre ambos actos jurídicos.

Grado de rigurosidad del esquema de aplicación de las normas de conflicto

15. Considerando el anterior apunte, se plantea el interrogante de cómo de riguroso hay que seguir el esquema de aplicación de las normas de conflicto europeas. Es bien sabido que el derecho internacional privado es una materia compleja, pero muy sistemática en su aplicación. El esquema no emana de alguna doctrina dogmática, sino del mismo texto legal y de sus formulaciones. Los Reglamentos Europeos contienen palabras clave que indican el orden en el cual son aplicables las normas de conflicto, por ej. *a falta de, sin perjuicio de lo dispuesto en, en defecto de, no obstante lo dispuesto en*, etc. Es erróneo alterar este orden, pues las normas de conflicto, teniendo puntos de conexión diferentes, pueden remitir a ordenamientos diferentes y en caso de alteración puede resultar aplicable un derecho no previsto. De ello se deduce que el examen del derecho de colisión exige un control riguroso si (1) hay un Convenio aplicable prevalentemente, (2) si hay una ley elegida, (3) es aplicable una norma de conflicto especial, (4) procede la aplicación de una norma de conflicto especial mediante su interpretación extensiva o analogía, (5) es aplicable la norma general y, por último, (6) se excluye o no el reenvío (*renvoi*).

16. Cabe resaltar que el órgano jurisprudencial no sigue el susodicho esquema, sino que opta por aplicar directamente el art. 4 Roma II, lo cual, como señalamos anteriormente, no es *lex artis* y, es más, conlleva el riesgo de pronunciar resultados erróneos, pues ignora completamente la subsidiariedad de ciertas normas de conflicto. Que la sentencia guarde silencio ante una eventual elección del derecho aplicable según el art. 14 Roma II o una identidad de la residencia habitual del actor y de la demandada conforme al art. 4 (2) Roma II puede ser todavía excusable, dada la notoriedad de la falta de concurrencia de mentados requisitos. Pero llama especial atención que el juzgado no haya examinado la norma de conflicto del art. 5 Roma II relativo a la “responsabilidad por los daños causados por productos defec-

⁴ V. HEIN, *Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung*, en: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2009, p. 6, 32; A. JUNKER, en: V. HEIN (Ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 13, C.H. Beck, 8. ed. 2021, Art. 28 Rom II-VO, apartado 21.

⁵ A favor H.J.SONNENBERGER, „Randbemerkungen zum Allgemeinen Teil eines europäisierten IPR“, en: D. BAETGE / J. V. HEIN / M. V. HINDEN (Eds.), *Die richtige Ordnung: Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, 2008, 227, 233 f.; en contra SPICKHOFF, en: Beck’sche Online-Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 63. Ed., 1.5.2022, Art. 28 Rom II-VO, apartado 4.

tuosos”, la cual, como se puede extraer tanto de la sistemática interna del Reglamento Roma II como de una conclusión inversa (*argumentum e contrario*) de la remisión solo al apartado dos del art. 4 Roma II, es prevalente al art. 4 (1) Roma II y, por consiguiente, debe ser examinada prioritariamente.⁶ Esta prevalencia no es meramente dogmática, sino que – por sus puntos de conexión distintos al de la *lex loci damni* – puede ocasionar la aplicación de otro derecho sustantivo desvirtuando de este modo los objetos mencionados por el Considerando 20 del mentado Reglamento. La aplicación de las normas de conflicto especializadas posee, pues, un anclaje en la garantía de la seguridad jurídica.⁷ Por ende, la inmediata aplicación del art. 4 (1) Roma II es – independientemente del resultado – errónea.

Apuntes a la interpretación del artículo 5 Roma II en caso de tratamiento con medicamentos tóxicos

17. Inicialmente, se plantea la cuestión acerca de si un medicamento puede ser un “producto” en el sentido del art. 5 Roma II. Es unánime la doctrina a la hora de definir el producto – en concordancia con el art. 2 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo en materia de responsabilidad por los daños a causa de productos defectuosos y siempre desde un punto de vista autónomo, esto es, desarraigado de eventuales entendimientos nacionales – como cualquier cosa movable, aún formando parte de otra cosa mueble o bien de una cosa inmueble.⁸ Más allá de ello, no se lleva a cabo ninguna otra diferenciación dentro de los bienes muebles, ya que ni el tenor literal ni la *ratio legis* requieren una delimitación del concepto, siendo, por tanto, irrelevantes factores tales como el origen, el método de producción o la calidad.⁹ Tomando como base la mencionada definición, no suscita problemas y es acertado subsumir el medicamento bajo ella, dado su patente carácter movable.¹⁰ En conclusión, el perfluorotano es “producto” en el sentido del art. 5 Roma II.

18. En lo que concierne a la defectuosidad del producto, suscita dudas lo que dispone literalmente el título del art. 5 Roma II, ya que la versión española¹¹ contempla la defectuosidad, mientras que las versiones en otros idiomas, como la inglesa¹², la francesa¹³, la alemana¹⁴ y la italiana¹⁵ no contienen este atributo. Cobra relevancia esta cuestión sumamente controvertida especialmente en supuestos, en los que el producto está intacto, mientras que la instrucción es defectuosa, o bien cuando la peligrosidad o nocividad le sea inmanente,¹⁶ como sería el caso de un arma. Mientras que un sector de la doctrina – recurriendo sobre todo a la teleología – defiende que la defectuosidad es requisito indispensable para aplicar el art. 5 Roma II,¹⁷ el otro sector sostiene que no lo debe ser, argumentando con el tenor literal y

⁶ P. MACHNIKOWSKI, en: U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (Eds.), *European Commentaries on Private International Law ECPIL*, Ed. Dr. Otto Schmidt, 2019, Vol. III Rome II Regulation, Art. 5 Rome II, apartado 35; H. DÖRNER, en: R. SCHULZE / H. DÖRNER ET AL. (Eds.), *HK-Bürgerliches Gesetzbuch*, Nomos, 11. ed. 2021, Art. 5 Rom II-VO, apartado 1; M. ILLMER, en: P. HUBER (Ed.), *Rome II Regulation*, Ed. Dr. Otto Schmidt/De Gruyter, 2012, Art. 5, apartado 3.

⁷ K. THORN, en C. GRÜNEBERG (Ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H.Beck, 82. ed. 2023, Art. 5 Rom II-VO, apartado 1.

⁸ Véase solo M. MÜLLER, en: B. GSELL (Ed.), *beck-online.Großkommentar*, 1.9.2022, Rom II, Art. 5. apartado 31; *en contra* del requisito de la movilidad I. BACH, en: G. SPINDLER / F. SCHUSTER (Eds.), *Recht der elektronischen Medien*, C.H.Beck, 4. ed. 2019, Art. 5 Rom II-VO, apartado 5.

⁹ M. MÜLLER, en: B. GSELL (Ed.), *op cit.*, Rom II, Art. 5. apartado 32.

¹⁰ C.M.V. CLARKSON/J. HILL, *The Conflict of Laws*, Oxford University Press, 4. ed. 2011, p. 272; M. MÜLLER, en: B. GSELL (Ed.), *op cit.*, Rom II, Art. 5. apartado 33; M. LEHMANN, en: R. HÜSSTEGE / H.-P. MANSSEL (Eds.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, Vol. 6, Nomos, 3. Ed. 2019, Art. 5 Rom II-VO, apartado 25; S. PABST, en: T. RAUSCHER / H. UNBERATH / J. CZIUPKA (Eds.), *EuZPR/EuIPR*, Vol. III, Dr. Otto Schmidt, 4. ed. 2016, Art. 5 Rom II-VO, apartado 39; K. THORN, C. GRÜNEBERG (Ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H.Beck, 82. ed. 2023, Art. 5 Rom II-VO, apartado 3.

¹¹ Responsabilidad por los daños causados por productos *defectuosos*.

¹² Product liability.

¹³ Responsabilité du fait des produits.

¹⁴ Produkthaftung.

¹⁵ Responsabilità da prodotti.

¹⁶ M. MÜLLER, en: B. GSELL (Ed.), *op cit.*, Rom II, Art. 5. apartado 36.

¹⁷ M. MÜLLER, en: B. GSELL (Ed.), *op cit.*, Art. 5. apartado 36, 37; A. JUNKER, en: V. HEIN (Ed.), *op cit.*, Vol. 13, 8. ed. 2021, Art. 5 Rom II-VO, apartado 15; N. LUND, en: M. WÜRDINGER (Ed.), *Juris Praxiskommentar-Bürgerliches Gesetzbuch*, 9. ed. 2020,

consideraciones sistemáticas y genéticas.¹⁸ En el presente caso, sin embargo, no es decisiva esta pregunta, puesto que, indiscutiblemente, era tóxico el medicamento litigioso y, por consiguiente, defectuoso.

19. El aspecto problemático gira en torno a la circunstancia de que el daño ha de ser causado, tal y como estipula el texto del art. 5 Roma II, *por* un producto (caused *by* a product, *durch* ein Produkt, causé *par* un produit). La preposición *por* implica el requisito de una cierta causalidad entre el producto y el daño. No obstante, esta causalidad no puede reducirse al hecho de que esté involucrado un producto, pues, como bien indican ciertas voces en la doctrina,¹⁹ en la mayoría de los daños concurren “productos”, lo cual socavaría la norma general del art. 4 Roma II por omnipresencia del art. 5 Roma II. Por tanto, un convincente sector en la doctrina exige que el producto haya sido la *causa específica*²⁰ para el daño o que éste sea *causado por las peculiaridades (características) del producto*²¹. El supuesto estándar sería aquél en el que una persona es dañada a la hora de utilizar el producto (defectuoso). En este caso, el régimen aplicable según el art. 5 (1) a) Roma II sería el de la residencia habitual del perjudicado, siendo que la disposición pretende privilegiarle por razones de equilibrio estructural, disparidad de información y protección del consumidor.²²

20. No obstante, el supuesto objeto de comentario se aleja de susodicha constelación, ya que el perjudicado entra en contacto con el producto por medio de una intervención médica, es decir, mediante una aplicación sanitaria y no, al menos inmediatamente, por decisión propia. Ahora bien, si se optase por interpretar el ámbito de aplicación del art. 5 Roma II de manera restrictiva, negando la causalidad específica, sería aplicable subsidiariamente la norma general del art. 4 Roma II. Pero la consecuencia de ello sería que se le impondría al perjudicado la *lex loci damni*, es decir, un punto de conexión capaz de remitir – sin reenvío (art. 24 Roma II) – a ordenamientos totalmente aleatorios y casuales,²³ dependiendo de dónde tenga lugar la intervención médica, privándole al perjudicado así de cualquier seguridad jurídica y provocando un empeoramiento injustificado y legislativamente insostenible de su posición. Por lo expuesto, lo correcto sería interpretar el art. 5 Roma II de forma extensiva. Como norma de conflicto especial, pretende abarcar todos los supuestos en los que alguien sufre un daño como consecuencia de (“por”) un producto (defectuoso), independientemente de que lo use directamente o de recibirlo en un tratamiento médico. De lo contrario, se desvirtuarían las conexiones subsidiarias diferenciadas – la llamada *cascada* –²⁴ del art. 5 Roma II, que el art. 4 Roma II no contempla. Consecuentemente, el juzgado debería haber aplicado preferentemente el art. 5 Roma II, dado que el art. 5 (1) a) Roma II prevee, en primer lugar y en defecto de una residencia habitual común, la residencia habitual del perjudicado en caso de comercialización del producto en dicho país, en segundo lugar, el país de adquisición del producto y, solo en tercer lugar, la *lex loci damni* como en art. 4 (1) Roma II. La residencia habitual del perjudicado

Art. 5 Rom II-VO, apartado 8; V. HEIN, „Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung“, en: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2009, p. 6, 26; P.J. KOZYRIS, „Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides‘ „Missed Opportunity“, *Am.J.Comp.L.* 56 (2008), p. 471, 488; R. PLENDER/M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, Ed. Sweet & Maxwell, 5. Ed. 2022, apartado 19-018, es ambiguo por el contrario P. MACHNIKOWSKI, en: U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (Eds.), *op cit.*, Art. 5 Rome II, apartado 18, por reivindicar „some sort of limitation“.

¹⁸ A. SPICKHOFF, en: B. GSELL (Ed.), *op cit.*, 1.3.2022, Art. 5 Rom II-VO, apartado 4; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: the law applicable to non-contractual obligations*, Oxford University Press, 2008, apartado 5.15; *apartadamente también* P. STONE, en: J. AHERN / W. BINCHY (Eds.), *The Rome II regulation on the law applicable to non-contractual obligations: a new international litigation regime*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 175, 181; M. LEHMANN, en: R. HÜSSTEGE / H.-P. MANSSEL (Eds.), *op cit.*, Art. 5 Rom II-VO, apartado 31; H. ILLMER, en: P. HUBER (Ed.), *op cit.*, Art. 5, apartado 12.

¹⁹ M. MÜLLER, en: B. GSELL (Ed.), *op cit.*, 1.9.2022, Art. 5 Rom II-VO, apartado 39; Clarkson/Hill, *The Conflict of Laws*, Oxford University Press, 4. ed. 2011, S. 271.

²⁰ M. MÜLLER, en: B. GSELL (Ed.), *op cit.*, 1.9.2022, Art. 5 Rom II-VO, apartado 40 („spezifische Ursache gesetzt“).

²¹ M. LEHMANN, en: R. HÜSSTEGE / H.-P. MANSSEL (Eds.), *op cit.*, Art. 5, apartado 30 („durch die Eigenarten [Charakteristika] des Produkts hervorgerufen“).

²² Véase también el Considerando 20 del Reglamento Roma II.

²³ K. THORN, C. GRÜNEBERG (Ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H.Beck, 82. ed. 2023, Art. 5 Rom II-VO, apartado 5; P. MACHNIKOWSKI, en: U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (Eds.), *op cit.*, Art. 5 Rome II, apartado 2.

²⁴ G. PALAO MORENO, “La responsabilidad transfronteriza por productos defectuosos en la Unión Europea”, en: *Derecho PUCP*, n°74, 2015, pp. 333, 348.

y el país de producción del daño aquí son los mismos; ambas normas, pues, remiten sin reenvío al derecho español. Pero, repito, este resultado es de pura casualidad, visto que en casos del llamado turismo médico el art. 4 Roma II habría remitido sin reenvío al país donde se haya llevado a cabo la intervención médica, o sea, a un ordenamiento probablemente más desfavorable para el perjudicado.

21. Por último, merece ser analizada la cuestión de si la aseguradora es “*persona cuya responsabilidad se alega*”. Es controvertida la pregunta de si este concepto ha de ser interpretado restrictivamente, porque en caso contrario podría socavarse el ámbito de aplicación de la regla general del art. 4 Roma II.²⁵ Algunas voces en la doctrina defienden que no es precisa ninguna restricción, de modo que el concepto tiene que ser interpretado de manera literal.²⁶ Otras opiniones, en cambio, defienden que deben ser excluidas aquellas personas que tengan la posesión del producto²⁷ o que no tengan la responsabilidad de sus características.²⁸ Sentado lo anterior y pasando al análisis del caso concreto planteado, debe señalarse que la “*persona cuya responsabilidad se alega*” es la de la aseguradora ALLIANZ ALEMANIA. No obstante, esta dificultad dogmática es superada mediante el art. 18 Roma II, cuyo tenor literal establece *la persona perjudicada podrá actuar directamente contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento si así lo dispone la ley aplicable a la obligación extracontractual o la ley aplicable al contrato de seguro*. En particular, se trata de una conexión alternativa, cuya primera contempla el *statut* del delito y la segunda el del contrato de seguro, teniendo en cuenta que es aplicable el principio de la norma más favorable (*Günstigkeitsprinzip*).²⁹ La *lex damni* está sujeta al derecho español de acuerdo con el art. 5 (1) a) Roma II, mientras que la ley aplicable al contrato de seguro sería el derecho alemán, no según la cláusula 32 de la póliza de seguros invocada por la demandada, sino conforme al art. 7 (2) Roma I, cuya ley elegida es la que indica susodicha cláusula. El juzgado, sin embargo, no ahonda esta temática, sino que aplica directamente el derecho español al amparo de la primera alternativa y señala que el régimen español regula la acción directa contra la aseguradora en el art. 76 de la LCS. A pesar de ello, de lo arriba expuesto se deriva que mentada acción directa no viene “igualmente” prevista en el art. 18 Roma II en sentido de yuxtaposición, como pone de manifiesto equívocamente la sentencia, sino que el art. 76 LCS contempla la acción directa en el derecho español, que cobra importancia a través de la conexión alternativa del art. 18 Roma II, el cual, a su vez, ayuda a determinar la *persona cuya responsabilidad se alega*.

22. A ello se le suma que, en la medida en que el órgano jurisprudencial basa sus explicaciones en una sentencia de la SAP Madrid de 7 de mayo del 2020, sección 20, nº161/2020, en la cual se señala que *una cláusula contractual no puede derogar o contradecir las normas – en este caso de conflicto – imperativas del Derecho de la Unión, ni tampoco prevalecer sobre éstas*, no se trata de que una cláusula contractual no pueda derogar las normas del Reglamento Roma II, porque obviamente no lo puede, sino que se trata de que la elección del derecho alemán entre la empresa ALAMEDICS y la aseguradora ALLIANZ ALEMANIA en base a la cláusula 32 de la póliza solo surte y puede surtir efectos *inter partes* y lógicamente no puede afectar la relación jurídica entre la empresa y el actor o entre la aseguradora y el actor, pues se trataría de un contrato en contra de terceros. En esta relación sólo sería aplicable el derecho alemán si esto lo hubiesen convenido las partes conforme al art. 14 Roma II o si el art. 5 u otra norma del Reglamento Roma II hubiesen remitido al derecho alemán. Del mismo modo, tampoco resulta acertado decir que *una cláusula tal puede ser de preferente aplicación sobre preceptos también imperativos del Derecho español*, porque, repito, el punto crucial no es que una cláusula de póliza no sea prevalente a una norma con rango de ley, sino que dicha cláusula no surte efecto en contra de terceros. Es una cuestión de independencia de relaciones jurídicas y no, como lo sugiere la sentencia, de aplicación preferente de normas.

²⁵ M. MÜLLER, en: en: B. GSELL (Ed.), *op cit.*, Art. 5 Rom II, apartado 45.

²⁶ ILLMER, en: P. HUBER (Ed.), *op cit.*, Art. 5, apartado 18.

²⁷ P. STONE, en: J. AHERN / W. BINCHY (Eds.), *op cit.*, p. 175, 182.

²⁸ A. DICKINSON, *op cit.*, apartado 5.13.

²⁹ K. THORN, en C. GRÜNEBERG (Ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H.Beck 82. ed. 2023, Art. 18 Rom II-VO, apartado 2.

23. Ahora bien, en rigor, el art. 18 Roma II no responde a cuestión inicial de la eventual interpretación restrictiva del concepto de la *persona cuya responsabilidad se alega*, dado que esta disposición no pretende ampliar el círculo de responsables, sino estatuir meramente una acción directa adicional contra la aseguradora del responsable que *de iure* ya lo sea. No obstante, en este caso no plantea interrogantes esta dubitable interpretación restrictiva, pues la empresa germana ALAMEDICS tiene con toda certeza la responsabilidad del producto, con lo que sería *persona cuya responsabilidad se alega* también en sentido estricto. En conclusión, concurren todos los requisitos de aplicación del art. 5 Roma II, que es, como se ha señalado al principio, preferente al art. 4 Roma II.

Breves apuntes sobre la “cláusula de escape” en relaciones jurídicas tripartitas

24. Igualmente, merece ser comentado sucintamente el tema de la cláusula de escape conforme al art. 4 (3) Roma II aplicado por el juzgado o, así sería correcto, al art. 5 (2) Roma II, la cual permite la aplicación de otro derecho en caso de presentar *el hecho dañoso [...]* vínculos manifiestamente más estrechos con *otro país distinto*. Si bien es cierto que el juzgado señala que el hecho dañoso carece de vínculos más estrechos, no aborda el tema de la eventual conexión accesoria con el contrato de tratamiento médico con el hospital o con el contrato de seguro entre la empresa y la aseguradora, que podría estar “*estrechamente*” vinculado “*con el hecho dañoso en cuestión*”. Sin embargo, cabe señalar que, independientemente de si los vínculos de estas relaciones preexistentes son lo suficientemente *estrechos*, no se trata, como lo requiere el tenor literal del art. 5 (2) Roma II, de una relación contractual *entre las partes*, sino entre partes diferentes. En constelaciones pluripartitas, la doctrina exige que exista una identidad de las personas,³⁰ es decir, que las partes contratantes sean las mismas que las partes de la relación extracontractual, lo cual aquí no es el caso. Esto se debe a que si en las dos relaciones jurídicas, la contractual y la extracontractual, intervienen partes diferentes, mediante una conexión accesoria al contrato periclitarían los intereses de una de las partes y se infringiría el principio de ilicitud del contrato en contra de terceros (*Vertrag zulasten Dritter*), relevante también en el derecho internacional privado.³¹ Tampoco pueden apreciarse, independientemente de una relación contractual existente, en general *vínculos manifiestamente más estrechos* con el derecho alemán, pues la mayoría de los vínculos los presenta el supuesto con el derecho español. Por ello, ha de ser rechazada aquí la aplicación de la cláusula de escape.

La sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Madrid del 25 de marzo del 2022 en un caso paralelo

25. Resulta interesante mencionar que el 25 de marzo del 2022 se dictó sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14, número de recurso 674/2021, en un caso paralelo de otro perjudicado del mismo medicamento, en el que también fue condenada la aseguradora, estimándose parcialmente la demanda. Tras imponer la aseguradora recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, la de apelación estimó parcialmente el recurso formulado por la demandada, revocando parcialmente la sentencia de primera instancia y reduciendo, en consecuencia, la condena impuesta a la empresa aseguradora alemana a la cantidad de 34.242,29 euros. En el recurso de apelación presentado, se invocó un motivo que en la primera instancia quedó alegado de manera totalmente críptica, es decir, la *errónea integración del Convenio Roma II y el clausulado de la póliza de seguro suscrita entre la sociedad Alamedics y la Allianz. La cláusula 32 de la póliza, relativa al derecho aplicable, es una cláusula delimitadora del objeto del contrato oponible, por tanto, a los terceros perjudicados. Los efectos*

³⁰ M. LEHMANN, en: R. HÜSSTEGE / H.-P. MANSEL (Eds.), *op cit.*, Art. 4 Rom II-VO, apartado 158; A. JUNKER, en: V. HEIN (Ed.), *op cit.*, Art. 5 Rom II-VO, apartado 53; A. KÖHLER, en: B. GSELL (Ed.), *op cit.*, Art. 4 Rom I-VO, apartado 513, 186; *en contra* U. MAGNUS, en: J. v. STAUDINGER (Ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, Art. 4 Rom I-VO, apartado 416.

³¹ A. KÖHLER, en: B. GSELL (Ed.), *op cit.*, Art. 4 Rom I-VO, apartado 186.

y el alcance del contrato de seguro se encuentran sometidos al derecho alemán, siendo esta condición, una delimitación del objeto del contrato de seguro, [estando excluido en este régimen foráneo] el ejercicio de una acción directa frente a la aseguradora en tanto en cuanto no exista un reconocimiento de deuda por parte del asegurado o un título ejecutivo, es decir debe dirigirse la acción de manera previa e ineludible frente al asegurado/tomador. Este precepto no violenta el régimen de responsabilidad por producto defectuoso previsto en el Convenio de Roma II sino que, tan sólo, condiciona el alcance de la acción directa cuya titularidad ostenta el presunto perjudicado, ex artículo 18, siempre que la ley aplicable a la obligación extracontractual de reparación de daños y perjuicio así lo determine.

26. Con todo, la aseguradora apelante alega que, según el derecho alemán aplicable, la aseguradora no ha de responder frente a acciones directas de terceros, salvo que exista un reconocimiento de deuda por parte de la aseguradora o que exista un título ejecutivo contra ella. Su responsabilidad, según dice, es subsidiaria y este régimen condiciona el alcance del artículo 18 Roma II.

27. En este sentido, es casi rocambolesco el fundamento de derecho sexto de la sentencia de apelación, primero por apenas discutir la argumentación esgrimida por parte de la apelante, y segundo por limitarse a citar *in extenso* – al menos ahora del art. 5 Roma II – su tenor literal, abocando *por diversas vías* al derecho español sin la más mínima subsunción e ignorando por completo la cascada expuesta anteriormente del art. 5 Roma II.

28. Ahora bien, la sentencia de apelación debía haber resaltado que – en cualesquiera supuestos transfronterizos – el Reglamento Roma II es de imperativa y prevalente aplicación dado su carácter universal establecido en su art. 3, con lo que, en defecto de una elección del régimen aplicable en conformidad con los requisitos del art. 14 Roma II (el perjudicado no ha elegida ninguna ley) y de una residencia habitual común de acuerdo con el art. 4 (2) Roma II, el derecho aplicable es aquel al que remite – sin reenvío (art. 24 Roma II) – el art. 5 (1) a) Roma II, esto es, al derecho español, dado que es en España donde el perjudicado tuvo su residencia habitual y donde se comercializó el medicamento. La cláusula de escape del art. 5 (2) Roma II no procede. En este sentido, el art. 5 Roma II estatuye una cascada de conexiones a modo jerárquico.³² Ya que el derecho español establece la acción directa frente a la aseguradora en su art. 76 LCS, se ha de afirmar la legitimación pasiva de la apelante. En cualquier caso, a ello no se opone el hecho que tanto el art. 32 de la póliza de seguro entre la empresa y la aseguradora como el derecho de seguro alemán descarten la acción directa, puesto que ambas normas citadas provienen de un régimen jurídico plenamente irrelevante para el presente supuesto. Por el contrario, la acción directa es establecida de manera constituyente mediante el art. 18 Roma II, norma asimismo imperativa y prevalente, y aplicable al presente caso, dado que procede la primera alternativa de la *conexión alternativa* prevista. El hecho de que la primera alternativa remita al derecho español y la segunda al derecho alemán, tampoco obstaculiza la aplicación del art. 18 Roma II, porque la conexión alternativa implica el principio de la norma más favorable (*Günstigkeitsprinzip*),³³ siendo más favorable para el perjudicado el régimen que establezca la acción directa, esto es, el derecho español. En base a susodichas reflexiones, el motivo invocado por la apelante decae por completo.

La sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Madrid del 10 de diciembre del 2019 en otro caso paralelo

29. En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid del 10 de diciembre del 2019 tenía pendiente un tercer procedimiento paralelo contra la demandada (sección 9, número de recurso 608/2019), incoado por un tercer perjudicado, en el que había planteado la misma cuestión y, basándose igualmente en el art. 5 Roma II, había desestimado el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora alemana

³² A. V. DICEY/J. H. C. MORRIS/L. COLLINS, *The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 17. Ed. 2022, Vol. 2, apartado 35-048.

³³ K. THORN, en C. GRÜNEBERG (Ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H.Beck, 82. ed. 2023, Art. 18 Rom II-VO, apartado 2.

y dictado más exhaustiva y razonadamente que *[e]n cuanto a la acción directa frente a la entidad aseguradora debe tenerse en cuenta que el propio reglamento [Roma II], sobre esta cuestión en el artículo 18 establece [...]. Por lo tanto, el propio reglamento reconoce al perjudicado acción directa contra la entidad aseguradora en dos supuestos, si así lo dispone la ley aplicable, o bien la ley aplicable al contrato de seguro, en el presente caso dado que el derecho español reconoce la acción directa contra el asegurador, que es la ley aplicable de acuerdo con el propio reglamento, el hecho de que el asegurador y asegurado en el contrato pactaran que el contrato de seguro quedaba sujeto al derecho alemán, en modo alguno tal cláusula puede limitar los derechos del perjudicado en España, por un producto comercializado por la empresa alemana en España, pues de acuerdo con el artículo 18 del reglamento comunitario, la norma aplicable reconoce la acción directa al perjudicado, por lo que existiendo una norma expresa en el derecho español que reconoce esa acción directa, no cabe entender aplicable las condiciones generales, que solo pueden tener efecto entre el asegurador y asegurado, pero que en modo alguno puede tener efectos frente a terceros, en cuanto supone una limitación del perjudicado, contraria al régimen jurídico aplicable de acuerdo con el propio reglamento.* Cabe señalar que el órgano jurisprudencial, aún sin discutir las cuestiones relativas al art. 5 Roma II, esclarece el interrogante de la acción directa contra la aseguradora alemana, resaltando la conexión alternativa y el principio de la norma más favorable, fallando aquí a favor del perjudicado. No resulta comprensible el motivo por el cual la sentencia del 25 de marzo del 2022 no remite a la presente sentencia, pronunciada dos años y medio antes.

Auto del Tribunal Supremo del 27 de abril del 2022 – inadmisión del recurso de casación

30. Finalmente, el Tribunal Supremo en un auto que dictó el 27 de abril de 2022 (sección 1, número de recurso 469/2020) tras haber interpuesto recurso de casación la aseguradora alemana en este tercer procedimiento, zanja la discusión inadmitiendo el recurso y confirmando así el fallo de susodicha sentencia de apelación de la AP de Madrid del 10 de diciembre del 2019. Aún así, cabe resaltar que se limita a resumir los razonamientos jurídicos de mencionada resolución sin añadirle propia argumentación. Con tal de remitir a los razonamientos de la Audiencia Provincial, parece aceptar también la aplicación del art. 5 Roma II, del cual ya no se ocupa, esclareciendo solamente que es aplicable el derecho español en su totalidad. Resulta de especial relevancia esta sentencia, dado que se trata de una resolución del Tribunal Supremo, en la que este órgano aplica el art. 5 Roma II a un supuesto de responsabilidad por productos, que, como se ha señalado inicialmente, debería regirse en principio con arreglo al Convenio de la Haya.

Conclusiones

31. A modo de conclusión, la sentencia comentada contiene sin duda múltiples cuestiones relevantes desde un punto de vista del derecho internacional privado, como son los problemas de interpretación del art. 5 Roma II en caso de tratamiento médico con un producto tóxico, la trascendencia de una cláusula de aplicación de derecho foráneo en una póliza de seguro para el examen del régimen aplicable en una relación jurídica distinta o la conexión alternativa del art. 18 Roma II. Cabe mencionar que el Juzgado de Primera Instancia de Madrid no ha seguido las reglas *lex artis* para averiguar el derecho aplicable, sino que se ha limitado a aplicar una norma de conflicto incorrecta. Aunque, en mi opinión, no es un error de derecho aplicar el Reglamento Roma II en vez del Convenio de la Haya, sí lo sería la aplicación del art. 4 Roma II, que desvirtúa la relación entre la norma de conflicto general y las especializadas: La final aplicación del régimen nacional español, ya haya sido intencionada o accidental, no consigue subsanar los errores de derecho constatados. Las sentencias de apelación, a raíz de las demandas interpuestas independientemente por varios perjudicados del medicamento, perpetúan susodichos errores, al no discutir la relación entre el Convenio de la Haya y el art. 5 Roma II, pero al menos sí que aplican la norma especializada del art. 5 Roma II. Igualmente digno de mención es que alguna sentencia se pronuncia acertadamente acerca de la cuestión de la conexión alternativa del art. 18 Roma II. No obstante de lo dispuesto, los errores a la hora de aplicar las normas de conflicto, habrían sido evitables en caso de haberse aplicado

de manera más precisa el esquema de las normas de conflicto del Reglamento Roma II. De indudable relevancia es, sin embargo, el auto del Tribunal Supremo del 27 de abril del 2022, puesto que, a pesar de no haber discutido el tema, se muestra proclive a la aplicación del art. 5 Roma II en este tipo de supuestos y porque zanja la discutida cuestión de la acción directa decantándose a favor de tal acción en supuestos de responsabilidad por productos defectuosos aún cuando el contrato de seguro no la prevea. Por ello, entiéndase esta presente nota jurisprudencial, además de ser un comentario al art. 5 Roma II, como alegato a favor de un riguroso y esquemático examen de aplicación de la norma de conflicto precedente.

Concreción de la conexión “residencia habitual”
en el Protocolo de La Haya sobre alimentos ante un traslado
o retención ilícitos según el Reglamento (CE) 2201/2003.
Aclaración propuesta por la STJUE de 12 de mayo de 2022,
asunto C-644/20, W. J.*

Concretion of the connection “habitual residence”
in the maintenance obligations Hague Protocol in the event
of a wrongful removal or retention according
to Regulation (EC) 2201/2003. Clarification proposed by the
CJEU of May 12, 2022, case C-644/20, W. J.

ANTONIA DURÁN AYAGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

ORCID ID: 0000-0003-3112-0112

Recibido:14.11.2022 / Aceptado:28.12.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7574

Resumen: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclara que el concepto de residencia habitual del Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones de alimentos no tiene por qué verse afectado por lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento (CE) 2201/2003, en el marco de un traslado ilícito de unos menores por su madre desde Reino Unido a Polonia, Estado en el que solicitan y obtienen una pensión alimenticia conforme al Derecho polaco, aplicando el artículo 3 del Protocolo.

Palabras clave: Obligación de alimentos, residencia habitual, sustracción internacional de menores, Derecho internacional privado europeo de familia.

Abstract: The Court of Justice of the European Union clarifies that the concept of habitual residence of the Hague Protocol on the law applicable to maintenance obligations does not have to be affected by article 10 of Regulation (EC) 2201/2003, in the framework of an illegal transfer of minors by their mother from the United Kingdom to Poland, a State in which they request and obtain alimony in accordance with Polish law, applying Article 3 of the Protocol.

Keywords: Maintenance obligation, habitual residence, *Child Abduction*, European Private International Family Law.

Sumario: I. Contexto II. Hechos y cuestión prejudicial III. Desarrollo jurídico y fallo IV. Valoración.

*El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación “Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración” [ref. PID2020-113444RB-I00], AEI/10.13039/501100011033.

I. Contexto

1. Quien se acerque por primera vez al análisis del Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr.) de origen europeo podría ingenuamente pensar que se trata de un sistema, con reglas de coordinación y coexistencia de sus textos claramente predeterminadas. Sin embargo, a poco que se explore en ellas, afloran carencias que denotan que en realidad no estamos ante un verdadero sistema, si por tal entendemos el “conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí”¹. No es sólo que tengamos diferentes textos normativos para regular cada institución de Derecho privado, y ni siquiera en lo referido al Derecho de familia exista un único texto que regule las cuestiones relacionadas con las crisis familiares, sino que, en ocasiones, tenemos que aplicar normas elaboradas por organizaciones internacionales, como la Conferencia de La Haya de DIPr., que han sido incorporadas al ordenamiento jurídico europeo a través de la técnica de la incorporación por referencia, como sucede, por ejemplo, con el *Protocolo de La Haya de 2007, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias*² (en adelante, Protocolo de La Haya), al que remite el artículo 15 del *Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos*³. Es por ello por lo que, en ocasiones, es preciso aclarar si los conceptos utilizados en cada texto son comunes, o si deben interpretarse aisladamente, conforme a los principios que inspiran e informan cada norma.

2. En la sentencia que comentamos⁴, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) debía aclarar si el concepto de la residencia habitual del menor que se utiliza en el Protocolo de La Haya sobre alimentos puede interpretarse con carácter independiente 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*⁵, ya derogado y sustituido por el *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores*⁶, que ha comenzado a aplicarse el 1 de agosto de 2022. Y debe hacerlo en el marco de un traslado de dos menores de Reino Unido a Polonia, Estado en que solicitan alimentos, representados por su madre; traslado que solo un mes después de este pronunciamiento fue declarado ilícito durante la apelación.

¹ Aceptación primera, Diccionario de la Real Academia española de la Lengua.

² Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias [*DOUE* núm. 331, de 16 de diciembre de 2009].

³ *DOUE* núm. 7, de 10 de enero de 2009.

⁴ STJUE de 12 de mayo de 2022, asunto C-644/20, W. J. [ECLI:EU:C:2022:371]. *Vid.* comunicado de prensa con resumen en <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-05/cp220083en.pdf>, consultado el 10 de noviembre de 2022. Han analizado o referenciado también esta sentencia, entre otros, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Traslado o retención ilícitos de menores y obligaciones alimenticias (1). Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2022, asunto C-644/20: W. J.”, *La Ley Unión Europea*, núm. 106, 2022; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Momento en el que debe apreciarse la residencia habitual del acreedor alimenticio a efectos de determinar la ley aplicable a una pensión (STJ 4ª 12 mayo 2022, as. C.644/20: W.J.)”, entrada de 12 de mayo de 2022 en <https://fernandezrozas.com/2022/05/12/momento-en-el-que-debe-apreciarse-la-residencia-habitual-del-creedor-alimenticio-a-efectos-de-determinar-la-ley-aplicable-a-una-pension-stj-4a-12-mayo-2022-as-c-644-20-w-j/>, consultado el 10 de noviembre de 2022; K. PACULA, “CJEU on acquisition of new habitual residence under the 2007 Hague Protocol subsequently to a wrongful removal, case W.J., C-644/20”, entrada de 13 de mayo de 2022, accesible en <https://conflictoflaws.net/2022/cjeu-on-acquisition-of-new-habitual-residence-under-the-2007-hague-protocol-subsequently-to-a-wrongful-removal-case-w-j-c-644-20/>, consultado el 9 de noviembre de 2022; L. Serena Rossi, “Momento en el que debe apreciarse la residencia habitual del acreedor alimenticio a efectos de determinar la ley aplicable a una pensión TJ, Sala Cuarta, S 12 May. 2022. Asunto C-644/20: W.J.”, *La Ley Unión Europea*, núm. 106, 2022; A. Wysocka-Bar, “Habitual Residence of a Child Under the Hague Protocol on Maintenance”, *The European Association of Private International Law (EAPIL)*, entrada de 19 de mayo de 2022, accesible en <https://eapil.org/2022/05/19/the-court-of-justice-on-habitual-residence-of-a-child-under-hague-protocol/>, consultado el 10 de noviembre de 2022.

⁵ *DOUE* núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

⁶ *DOUE* núm. 178, de 2 de julio de 2019.

3. Conviene aclarar, con carácter previo, que el TJUE es competente para interpretar el Protocolo de La Haya⁷, puesto que éste forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, desde el momento en que la entonces Comunidad Europea se adhirió al mismo⁸. La interpretación que aporta el TJUE vincula únicamente a los Estados miembros de la Unión Europea y es razonable plantearse si esto puede conllevar una interpretación/aplicación diferente, según si se trata de un Estado miembro de la Unión Europea, cuya interpretación unifica el TJUE o de un tercer Estado⁹, en que se carece de tribunal u organismo que interprete con carácter vinculante el Protocolo y, en todo caso, es posible preguntarse también si la interpretación que lleve a cabo el TJUE la pueden tener en cuenta el resto de Estados parte del mismo¹⁰. Por otro lado, también es preciso reseñar que aunque el Reino Unido no era parte (ni es) del Protocolo, el carácter universal del mismo podía hacer que se aplicara incluso la ley de un Estado no vinculado por él (art. 2 Protocolo).

II. Hechos y cuestión prejudicial

4. En concreto, los hechos sobre los que debe pronunciarse el TJUE fueron los siguientes. Una pareja formada por nacionales polacos había residido desde 2012 en el Reino Unido, lugar en que nacieron sus dos hijos, menores de edad cuando surge el conflicto. Aunque no es determinante para el desarrollo de los acontecimientos, se especifica que ambos menores ostentaban las nacionalidades polaca y británica.

5. La madre de los menores viaja a Polonia con sus hijos, desde donde informa al padre de los niños de su intención de establecer su residencia con ellos en este país, a lo que el padre se opone. Es por ello por lo que, al amparo del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en su incorporación realizada en el Reglamento (CE) 2201/2003, presenta una demanda de restitución de los menores, ante la Autoridad Central británica.

6. Un tiempo después, los menores, representados por su madre, presentan ante el Tribunal de Distrito de Piła, Polonia, una reclamación de pensión alimenticia mensual a W. J., padre de los niños, que se personó en el proceso sin proponer una excepción de incompetencia. En abril de 2019, este órgano jurisdiccional condena al padre a abonar a cada uno de los menores una pensión alimenticia mensual y lo hace conforme a la legislación polaca, según lo establecido por el Protocolo de La Haya (art. 3), puesto que la ley de la residencia habitual de los menores, aplicable al caso, conducía a la ley polaca.

7. Un mes después de esta resolución, el Tribunal Regional de Polonia que conocía en apelación del recurso contra la resolución que no había ordenado la restitución de los menores a Reino Unido, estima el recurso y ordena la restitución, calificando de ilícita la retención de los niños en Polonia, considerando que no existía un grave riesgo de que su restitución los expusiera a un peligro físico o psíquico, o que de cualquier otra manera los pusiera en una situación intolerable, en el sentido del artículo 13, apartado 1, letra b), del Convenio de La Haya de 1980.

8. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente subraya que la ley polaca, en la que se basó el Tribunal de Distrito de Piła para dictar su sentencia, sólo puede aplicarse en el supuesto de que los menores, pese a su retención ilícita en Polonia y a la resolución judicial por la que se ordena su res-

⁷ Vid. f.j. 58 de la sentencia que comentamos.

⁸ Esta incorporación se llevó a cabo, como apuntamos, a través de la Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009. Vid. sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-214/17, Mölk, [EU:C:2018:744], apartado 23 y jurisprudencia allí citada.

⁹ En estos momentos, forman parte del Protocolo, además de los Estados miembros de la Unión Europea, Brasil, Ecuador, Kazajistán, Serbia y Ucrania. Vid. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=133>, consultado el 9 de noviembre de 2022.

¹⁰ Vid. K. PACULA, “CJEU on acquisition of new habitual residence...”, *loc. cit.*; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Traslado o retención ilícitos de menores...”, *loc. cit.*, pp. 6-7.

titución al Reino Unido, hayan adquirido, tras su llegada en 2017, la residencia habitual en Polonia, lo que justificaría que la ley aplicable se determinase con arreglo al artículo 3, apartado 2, del Protocolo de La Haya, puesto que, según el órgano jurisdiccional remitente, los demás criterios de conexión a la legislación polaca quedan excluidos.

9. Por ello, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si esta disposición no debe interpretarse a la luz del artículo 10 del Reglamento (CE) 2201/2003, que se opone, en principio, a que la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental se transfiera al Estado miembro en el que el menor tenga su nueva residencia habitual, en caso de traslado o de retención ilícitos de ese menor en ese Estado miembro. Y es que si se admitiera que los menores no pueden adquirir una nueva residencia habitual en el Estado en el que están retenidos ilícitamente, la ley aplicable a la obligación alimenticia, controvertida en el litigio principal, sería, con arreglo al artículo 3, apartado 1, del Protocolo de La Haya, la ley del Reino Unido, puesto que es la ley del Estado en el que estos menores han mantenido su residencia habitual.

10. Las dudas afloran en la medida en que, a diferencia del Reglamento (CE) 2201/2003, ni el Reglamento (CE) 4/2009 ni el Protocolo de La Haya contienen normas específicas que determinen los vínculos entre, por un lado, la residencia habitual y, por otro, respectivamente, la competencia judicial internacional en materia de obligaciones alimenticias y la ley aplicable en esta materia, cuando el acreedor de alimentos es un menor retenido ilícitamente en un Estado miembro. Esta apreciación, considera el órgano jurisdiccional remitente, puede llevar a la conclusión de que, en virtud del artículo 3, apartado segundo del Protocolo de La Haya, la retención ilícita de un menor en el territorio de un Estado miembro no tiene incidencia alguna en la adquisición por ese menor de su residencia habitual en ese Estado miembro, de modo que la ley de dicho Estado miembro puede, como ley de la nueva residencia habitual, resultar aplicable a la obligación alimenticia desde el momento en que se produce tal cambio de residencia.

11. Teniendo todo ello en cuenta, el Tribunal Regional de Poznan formula la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 3, apartados 1 y 2, del Protocolo de La Haya en el sentido de que un menor acreedor de alimentos puede adquirir una nueva residencia habitual en un Estado en el que está retenido ilícitamente, cuando un órgano jurisdiccional ha ordenado su restitución al Estado en el que tenía su residencia habitual inmediatamente antes de la retención ilícita?».

III. Desarrollo jurídico y fallo

12. Son comprensibles y están manifiestamente justificadas las dudas formuladas por el órgano jurisdiccional polaco remitente. Pretende que se le despeje el camino para desligar por completo el Protocolo de La Haya del Reglamento (CE) 2201/2003, y amparar así lo ya actuado en materia de alimentos, pues, recordemos que los órganos jurisdiccionales polacos habían aplicado la ley polaca como ley de la residencia habitual de los menores para resolver esta petición, o bien, por el contrario, que se le aclare si, como cabría deducir si estuviéramos ante un verdadero sistema, lo calificado como residencia habitual conforme al Reglamento de responsabilidad parental parece que debiera también extenderse a las otras cuestiones relacionadas con el caso. A la postre, se trata de despejar, si para resolver la petición de alimentos para los menores debe aplicarse la ley polaca, en tanto residencia fáctica de los menores en el momento del proceso o la ley inglesa, en tanto residencia considerada legal a los efectos del Reglamento (CE) 2201/2003.

13. Repárese que no se discute si el tribunal polaco tenía o no competencia para conocer de los alimentos, puesto que cuando conoce de los alimentos, no se había declarado que el traslado a Polonia había sido ilícito. Es posible preguntarse qué habría pasado en el caso de que el procedimiento se hubiera iniciado con posterioridad a la declaración de ilicitud del traslado. En este sentido, en el Auto del

TJUE de 10 de abril de 2018, asunto C-85/18 PPU, CV y DU¹¹, en que se discute precisamente sobre si es posible que el Estado al que ha sido trasladado ilícitamente un menor puede conocer de una petición de alimentos, se precisa que no tienen competencia porque se trataría de una competencia accesoria a la responsabilidad parental en virtud del artículo 3 d) del Reglamento (CE) 4/2009, por lo que si no tienen competencia para conocer de la responsabilidad parental tampoco la tendrían para conocer de la accesoria de alimentos. Pero en el caso que comentamos, el demandado ha comparecido sin interponer declinatoria, por lo que en virtud del artículo 5, los tribunales polacos podrían haber tenido competencia, de manera independiente de lo que establezca el artículo 10 del Reglamento (CE) 2201/2003. Y parece que en este sentido se inclinaría el TJUE, pues en el auto citado sostiene: “[e]n este sentido, en la medida en que, como resulta del apartado 53 del presente auto, los órganos jurisdiccionales rumanos no son competentes, con arreglo al artículo 10 del Reglamento 2201/2003, para conocer de una demanda relativa a la responsabilidad parental respecto al menor de que se trata en el procedimiento principal, dichos órganos jurisdiccionales tampoco serán competentes para resolver sobre la demanda relativa a la pensión alimenticia con arreglo al artículo 3, letra d), del Reglamento 4/2009. **Además, no se desprende de los autos a disposición del Tribunal de Justicia que tales órganos jurisdiccionales puedan ser no obstante, por otro motivo, competentes para resolver en materia de obligaciones de alimentos en virtud del Reglamento 4/2009**”. El subrayado parece dejar abierta la posibilidad que comentamos.

14. Pero, como decimos, en la presente sentencia no se valora la cuestión de la competencia judicial internacional, sino únicamente el concepto de residencia habitual del acreedor de alimentos a los efectos de concreción del derecho aplicable en el Protocolo de La Haya. En este sentido, se hace especial hincapié en lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 3 del Protocolo que indica que en caso de cambio de la residencia habitual del acreedor de alimentos, la ley del Estado de la nueva residencia habitual se aplica a partir del momento en que se produce el cambio. La cuestión por despejar es si es posible tener en cuenta ese cambio, si dicho cambio ha justificado un traslado calificado como ilícito. Y ello nos lleva a la necesaria interpretación del concepto de “residencia habitual” del acreedor de alimentos en el sentido del artículo 3 del Protocolo de La Haya, así como a la comprobación de que el carácter ilícito de la retención de ese acreedor en el territorio de un Estado miembro no impide, en principio, el cambio de su residencia habitual al territorio de ese Estado.

15. Igual que sucede en todos los Reglamentos europeos que regulan las distintas cuestiones de Derecho de familia internacional, tampoco el Protocolo define qué se ha de entender por residencia habitual, en este caso, del acreedor de alimentos, ni tampoco se realiza una remisión expresa a los derechos de los Estados parte del Protocolo para su concreción. La cuestión es que este Protocolo forma parte del bagaje jurídico de la Unión y, en consecuencia, al menos para los Estados miembros de la Unión Europea, debería ser interpretado con carácter uniforme¹². No obstante, parece necesario prestar atención a lo señalado en el Informe Explicativo sobre el Protocolo de La Haya, elaborado por el profesor Andrea Bonomi¹³. Así, en el punto 42 especifica que el adjetivo “habitual” permite deducir que la residencia debe presentar un grado suficiente de estabilidad, lo que excluye una presencia temporal u ocasional, e implica que “una simple residencia de carácter temporal no es suficiente para determinar la ley aplicable a la obligación alimenticia”.

16. La justificación para elegir esta conexión como regla general se halla en la necesidad de garantizar la previsibilidad de la ley aplicable, asegurando que la ley designada tenga un vínculo suficiente con la situación familiar de que se trate, en el entendimiento de que la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos resulta ser, en principio, la que presenta el vínculo más estrecho con la situación del acreedor

¹¹ ECLI:EU:C:2018:220

¹² *Vid.* f.j. 62.

¹³ Accesible en <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=4898&dtid=3>, consultado el 8 de noviembre de 2022.

y la más adecuada para regular los problemas concretos con que éste se pueda encontrar¹⁴. Además, como indica el apartado 37 del Informe del Protocolo, la principal ventaja que esta conexión presenta es la de determinar la existencia y el importe de la obligación alimenticia teniendo en cuenta las “*condiciones jurídicas y el ámbito social del país donde el acreedor vive y ejerce esencialmente sus actividades*”. En efecto, en la medida en que, como subraya el mismo punto de dicho Informe, el acreedor utiliza la obligación alimenticia para vivir, es preciso “*apreciar el problema concreto que se plantea con respecto a una sociedad determinada, a saber, la del lugar en que el demandante de los alimentos vive y va a vivir*”¹⁵.

17. Considerando todo ello, parece indubitado que el Protocolo opta por un concepto fáctico de residencia habitual del acreedor de alimentos, entendiendo que ese lugar estará donde tenga su centro habitual de vida, teniendo en cuenta su entorno familiar y social. Y en este sentido, le corresponderá al órgano jurisdiccional que conoce del asunto determinar dónde está su residencia habitual en virtud de las circunstancias de hecho que concurran en el caso¹⁶. Matiza, además, el TJUE que esta interpretación, la posibilidad de preservar el vínculo de conexión del acreedor de alimentos con el lugar en que efectivamente reside, permite, cuando se trate de determinar los alimentos para un menor, tomar plenamente en consideración su interés superior, ya que posibilita al órgano jurisdiccional que conoce del asunto determinar los recursos que este necesita teniendo en cuenta su contexto familiar y social en el que ha de desenvolverse de forma habitual¹⁷.

18. Siendo esto así, apunta el TJUE que sería contrario al objetivo del artículo 3, apartado segundo del Protocolo de La Haya, así como a la toma en consideración del interés superior del menor, considerar que la existencia de una resolución judicial de un Estado miembro que declara el carácter ilícito del traslado o de la retención de un menor y que ordena la restitución de ese menor a uno de sus progenitores residente en otro Estado impide, en principio, considerar que dicho menor reside habitualmente en el territorio de ese Estado miembro a efectos de la determinación de la ley aplicable a su derecho de alimentos¹⁸.

19. Y no entiende el TJUE, puesto que los textos no lo explicitan, que el artículo 3 del Protocolo de La Haya deba interpretarse a la luz o deba inspirarse en las disposiciones del artículo 10 del Reglamento (CE) 2201/2003, disposiciones que neutralizan la transferencia de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental al Estado miembro en el que el menor tenga su nueva residencia habitual a raíz de su traslado o retención ilícitos, en beneficio del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de ese traslado o retención ilícitos¹⁹. Apuntalando, además, esta interpretación en el sostenido de que, como ha indicado en otras resoluciones, el artículo 10 del Reglamento (CE) 2201/2003 es una norma de interpretación estricta, por lo que no permite una interpretación que vaya más allá de los supuestos expresamente contemplados en dicho Reglamento²⁰.

20. Considera el TJUE que de todo ello se deduce que para concretar la conexión de la residencia habitual del acreedor de alimentos del artículo 3 del Protocolo de La Haya, en el caso de que haya habido un traslado, haya sido este calificado como ilícito o no habrán que tenerse en cuenta todas las circunstancias que concurran en el caso, y valorar si la presencia del menor en el Estado al que ha sido trasladado reviste un grado suficiente de estabilidad, teniendo en cuenta su integración en el entorno familiar y social²¹.

¹⁴ Vid. f. j. 64. En el mismo sentido, las sentencias TJUE de 7 de junio de 2018, C83/17, KP [EU:C:2018:408], apartados 41 a 43, y de 20 de septiembre de 2018, C214/17, Mõlk [EU:C:2018:744], apartado 28.

¹⁵ Vid. f. j. 65.

¹⁶ Vid. f. j. 67.

¹⁷ Vid. f. j. 69.

¹⁸ Vid. f. j. 70.

¹⁹ Vid. f. j. 71.

²⁰ Vid., por ejemplo, la sentencia TJUE de 24 de marzo de 2021, C603/20 PPU, MCP, [EU:C:2021:231], apartados 45 y 47 y jurisprudencia allí citada.

²¹ Vid. f. j. 73.

21. En consecuencia, el fallo del TJUE es el siguiente: “[e]l artículo 3 del Protocolo de La Haya debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de la determinación de la ley aplicable a la reclamación alimenticia de un menor trasladado por uno de sus progenitores al territorio de un Estado miembro, el hecho de que un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro haya ordenado, en el marco de un procedimiento distinto, la restitución de ese menor al Estado en el que residía habitualmente con sus progenitores inmediatamente antes de su traslado, no basta para impedir que ese menor pueda adquirir la residencia habitual en el territorio de ese Estado miembro”.

IV. Valoración

22. Algunas veces la interpretación mejor es la más simple. Parece que esto es lo que ha pensado y hecho el TJUE. Ante textos normativos diferentes, no cabe entablar relación y es preciso interpretarlos como si fueran islas en ese universo complejo que es a día de hoy el DIPr. de familia de origen europeo. La cuestión es que, aunque sea esta la solución más simple, es posible preguntarse si es la mejor.

23. Porque el órgano jurisdiccional polaco, cuando eleva su consulta al TJUE, en realidad lo que manifiesta es perplejidad, puesto que aunque de alguna manera parece que intuye lo que iba a responder el TJUE, se muestra en cierto modo preocupado por la aparente incoherencia que existe entre las normas que deben dar respuesta a cuestiones estrechamente relacionadas. A la postre, con independencia de que no podía ser otra la respuesta, lo que hay tras esta pregunta es una llamada de atención para lograr o empezar a conformar un verdadero sistema entre las normas de DIPr. europeo de familia.

24. El concepto de residencia habitual que contempla el Reglamento (CE) 2201/2003, ahora Reglamento (UE) 2019/1111, no es en puridad un concepto fáctico²². Y no lo es en la medida en que se establece que es el titular del derecho de custodia el que puede decidir el lugar de residencia del menor (art. 2.9), que, además, si ha quedado limitado por sentencia judicial, deberá contar con la autorización pertinente. Así que la residencia habitual del menor no se adquiere de forma automática por su traslado a un Estado y la intención del progenitor de permanecer en él, sino en la medida en que este traslado haya sido lícito²³. Por ello, tiene sentido lo preguntado por el órgano jurisdiccional polaco, en la medida en que parece obvio que ambos textos tendrían que estar relacionados, aunque en puridad no lo estén. De ahí que aunque el traslado haya sido declarado ilícito, y conforme al Reglamento (CE) 2201/2003, la competencia judicial internacional se retenga en el Estado donde residía habitualmente el niño antes del traslado, en materia alimenticia las reglas son otras, y aunque no se define el concepto de residencia, en el Informe Bonomi no se hace referencia al concepto de licitud para entenderla.

25. La incoherencia entre textos se aprecia en la medida en que ya en materia de competencia judicial internacional se ha manifestado por el TJUE que los dos Reglamentos europeos sobre responsabilidad parental y alimentos sólo se relacionan en la medida en que sea aplicable un artículo que afecte a las competencias accesorias. Es decir, solo si hubiera que decidir sobre responsabilidad parental y de forma accesoria conocer sobre alimentos y se hubiera declarado ilícito el traslado, la autoridad del Estado miembro al que ha sido trasladado el menor no podría conocer de ambas cuestiones. Si se entablara

²² Y en este sentido, no comparto la opinión de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Traslado o retención ilícitos de menores...”, *loc. cit.*, p. 5, cuando sostiene: “en ningún momento se ha puesto en tela de juicio la posibilidad de que un menor ilícitamente desplazado o retenido pueda adquirir una nueva residencia habitual. La residencia habitual es una cuestión de hecho y las normas pueden establecer las consecuencias de su existencia o de su cambio, pero, hasta ahora, no determinar si se puede o no cambiar... En materia de competencia judicial internacional, el traslado o retención ilícitos no implica la imposibilidad de adquisición de una nueva residencia habitual, sino que dicha adquisición no lleva necesariamente el cambio de órgano judicial competente en materia de responsabilidad parental”.

²³ A. DURÁN AYAGO, “La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. La regla general (artículo 7)”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (dra.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 75.

como acción principal los alimentos y hubiera, como en el presente caso, sumisión tácita, ese tribunal dispondría de aptitud legal para conocer. Y si esto, que es el presupuesto de todo el procedimiento es posible, la determinación de la ley aplicable a los alimentos no deja de ser una cuestión menor. Obviamente que se podrá aplicar la ley de la nueva residencia habitual, interpretada como concepto propio de un texto que ha sido elaborado para satisfacer las necesidades del acreedor, y al ser elaborado por una instancia extraeuropea ni se ha planteado que pudiera sostenerse sobre la base de un traslado ilícito.

26. El TJUE en este caso lo que hace es remitir la concreción de si ese traslado realmente implica nueva residencia habitual a los tribunales que deban conocer de la pretensión, indicándoles que es perfectamente posible la esquizofrenia, consciente de que la carencia de sistema provoca que, mientras un tribunal de ese Estado haya dictado una orden de restitución del menor por considerar que el traslado a ese Estado ha sido ilícito, otro puede tener que aplicar ley de la considerada por otro como no residencia. Pero, en todo caso, el TJUE legitima al órgano jurisdiccional que está conociendo sobre los alimentos para que sea él el que valore e integre en el conjunto de circunstancias que concurren en el caso la declaración de ilicitud de la retención a la hora de concretar la nueva ley de la residencia habitual.

La respuesta reviste lógica en el actual contexto. La cuestión es si esa lógica es la que debe persistir en el futuro o hay que apostar por una interconexión real de textos normativos que explicita que realmente nos encontramos ante un verdadero sistema.

El efecto directo del principio de proporcionalidad en el contexto de las sanciones previsto en el artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE

The direct effect of the principle of proportionality in the context of the sanctions provided for in article 20 of Directive 2014/67/EU

DIANA GLUHAIA

*Profesora Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad Internacional de la Rioja (UNIR)*

ORCID ID: 0000-0003-4187-1446

Recibido:16.12.2022 / Aceptado:31.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7575

Resumen: el objeto del presente trabajo es el análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2022, asunto C-205/20. La cuestión prejudicial versa sobre la interpretación del artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE del PE de 15 de mayo de 2014. Dicha cuestión se presentó en el contexto del litigio entre *NE* y la *Bezirksauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld* en relación con la multa que esta impuso a *NE* por diversas infracciones de las disposiciones austriacas en materia de derecho laboral. En esta sentencia, se analiza el efecto directo de las Directivas europeas, las sanciones y el principio de proporcionalidad y sus criterios.

Palabras clave: libre prestación de servicios, desplazamiento de trabajadores, principio de proporcionalidad de las sanciones, efecto directo de la Directiva, principio de primacía del Derecho de la Unión.

Abstract: The purpose of this paper is the analysis of the judgment of the Court of Justice of March 8, 2022, case C-205/20. The question referred for a preliminary ruling concerns the interpretation of article 20 of Directive 2014/67/EU of May 15, 2014. This question arose in the context of the dispute between *NE* and the *Bezirksauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld* in relation with the fine that it imposed on *NE* for various infringements of the Austrian provisions on labor law. This ruling analyzes the direct effect of European Directives, sanctions and the principle of proportionality and its criteria.

Keywords: Freedom to provide services, posting of workers, principle of proportionality of sanctions, direct effect of the Directive, principle of primacy of Union Law.

Sumario: I. Introducción. II. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el contexto de las sanciones. III. La postura del Tribunal de Justicia en la sentencia *Link Logistik*. IV. Análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *NE y la Bezirksauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*. 1. Los hechos controvertidos y las cuestiones prejudiciales. 2. Un cambio de criterio por parte del Tribunal de Justicia: la Directiva tiene efecto directo. A) Los criterios del principio de proporcionalidad. B) Elementos adicionales que justifican el efecto directo del principio de proporcionalidad. 3. Las consecuencias específicas del efecto directo del principio de proporcionalidad. 4. Legalidad, seguridad jurídica e igualdad ante la ley en la imposición de sanciones. V. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. La libertad de circulación de los trabajadores (art. 45), la libertad de establecimiento (art. 49) y la libre prestación de servicios (art. 56) son principios fundamentales del mercado interior de la Unión que están consagrados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹. Con el fin de garantizar la igualdad de condiciones para todas las empresas y el respeto de los derechos de los trabajadores, la Unión Europea promueve la aplicación de estos principios.

2. La sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2022 (Asunto C-205/20)² versa sobre una petición de decisión prejudicial planteada por un tribunal austriaco con el objeto de interpretación del artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE del PE y del Consejo, de 15 de mayo de 2014³, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios⁴ y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º. 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del sistema de Información del Mercado Interior⁵.

3. Para realizar la prestación laboral en el marco de una prestación transnacional, el trabajador debe cumplir varias normas impuestas en el Estado de acogida, cuyo incumplimiento puede acarrearle una serie de sanciones. La presente sentencia presenta un especial interés porque resuelve cuestiones relevantes sobre el efecto directo de la Directiva y analiza el principio de proporcionalidad en el contexto de las sanciones.

4. La Directiva 96/71/CE fue dictada con la finalidad de acordar una protección adecuada de los derechos de los trabajadores desplazados con carácter temporal en un país de la Unión Europea para prestar servicios transnacionales. Su objetivo es respetar las normas imperativas de protección mínima de los trabajadores en el Estado de acogida⁶, con independencia de la normativa aplicable al contrato de trabajo. En la práctica, la Directiva ha mostrado problemas en su aplicación debido a una controvertida jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, y a otros factores de carácter adjetivo o instrumental, tales como mecanismos insuficientes para realizar controles en los Estados de establecimiento y de destino, una cooperación administrativa deficiente entre los Estados, etc.⁷.

¹ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *OJ C* 326, 26.10.2012, pp. 47–390; ELI: http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj

² Sentencia de 8 de marzo de 2022, Asunto C-205/20, *NE contra Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*; ECLI:EU:C:2022:168

³ Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI») Texto pertinente a efectos del EEE, *OJ L* 159, 28.5.2014, pp. 11–31; ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/67/oj>

⁴ Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, *OJ L* 18, 21.1.1997, pp. 1–6, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1996/71/oj>

⁵ Reglamento (UE) n.º 1024/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y por el que se deroga la Decisión 2008/49/CE de la Comisión («Reglamento IMI») Texto pertinente a efectos del EEE, *OJ L* 316, 14.11.2012, pp. 1–11, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1024/oj>

⁶ El Considerando 13 de la Directiva 96/71/CE declara: “Considerando que las legislaciones de los Estados miembros deberán ser coordinadas a fin de establecer un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima que habrán de ser respetadas, en el país de acogida, por los empresarios que desplacen a trabajadores para la realización de un trabajo temporal en el territorio del Estado miembro de la prestación de servicios; que dicha coordinación sólo podrá llevarse a cabo mediante el Derecho comunitario”.

⁷ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, y A. MADAMÉ MARTÍN, “Mercado interior de servicios y desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, en *Justicia Laboral, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32, 2007, p. 40.

5. Para atajar buena parte de estas deficiencias se adoptó la Directiva 2014/67/UE⁸, que es una norma adjetiva o de control, una norma de garantía que pretende facilitar la supervisión efectiva y la aplicación coercitiva de las normas sustantivas fundamentalmente contenidas en la Directiva de 96/71/CE⁹. En el presente caso, nos centraremos en el estudio de los efectos del artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE que regula las sanciones impuestas por el Estado de acogida que deben ser proporcionadas.

II. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el contexto de las sanciones

6. El principio de proporcionalidad es uno de los principios generales del Derecho de la Unión Europea, debiendo ser respetado por toda normativa nacional que esté incluida en el ámbito de aplicación del mismo¹⁰. Además, es un principio que vincula a los Estados miembros cuando aplican este Derecho de la Unión, incluido en caso de que no exista una armonización de la legislación de la Unión en el ámbito de las sanciones aplicables¹¹.

7. En el ámbito de los desplazamientos de los trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios, dicho principio ha servido normalmente a dos objetivos¹²: por una parte, para valorar la adecuación de las garantías laborales establecidas en la normativa de transposición de la Directiva 96/71/CE del Estado de acogida con el Tratado¹³, y, por otra, para determinar la compatibilidad de las exigencias administrativas establecidas en la legislación del Estado de acogida con el Derecho de la Unión Europea¹⁴. El artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE obliga, a los Estados miembros, a establecer sanciones en caso de infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a la Directiva y de adoptar medidas necesarias para garantizar su aplicación y cumplimiento. El mismo artículo hace referencia a que las sanciones impuestas por el Estado de acogida deben ser proporcionadas y que actúan como un límite a la potestad sancionadora de los Estados miembros.

8. En el contexto de las sanciones, el criterio de proporcionalidad desempeña un papel importante, porque las sanciones impuestas por los Estados miembros deben ser compatibles con el Derecho de la Unión Europea y no deben ir más allá de lo estrictamente necesario para lograr el objetivo que se persigue por la Directiva 2014/67/UE. También está claro respecto con qué deben guardar proporción las sanciones: se supone que deben ser acordes a la gravedad de la infracción cometida. En el caso que nos ocupa, esto

⁸ M. CASADO ABARQUERO, “Legislación aplicable a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios en la Unión Europea”, en *Prevención de riesgos laborales y protección social de trabajadores expatriados*, (dir. J.L. GOÑI SEIN, J.L. IRIARTE ÁNGEL, coord. B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO), Cizur Menor, Aranzadi, 2019, p. 351.

⁹ F. J. GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Desplazamiento transnacional laboral genuino y ley aplicable al contrato de trabajo”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, núm. 1, 2018, p. 221; DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4113>

¹⁰ Véase en este sentido: J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Significación del principio de proporcionalidad en el sistema de determinación automática de los precios máximos de venta de los gases licuados del petróleo envasados”, *La Ley Unión Europea*, número 73, 2019, pp. 1-39; R. FERNÁNDEZ VALVERDE “El principio de proporcionalidad. Aplicación por la jurisprudencia europea”, *Procedimiento administrativo europeo* (E. SORIANO GARCÍA, dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 141-162

¹¹ Véanse, en este sentido, las Sentencias de 26 de abril de 2017, *Farkas*, C564/15, ECLI:EU:C:2017:302, punto 59, y de 27 de enero de 2022, *Comisión/España* (Obligación de información en materia tributaria), C788/19, ECLI:EU:C:2022:55, punto 48; Sentencia de 8 de marzo de 2022, punto 31.

¹² N. MARCHAL ESCALONA, “El principio de proporcionalidad como límite a la potestad sancionadora de los Estados por infracción de la normativa sobre los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios”, en *Millenium de DPPr*. ed. Tirant Lo Blanch, p.24.

¹³ M. GARDEÑOS SANTIAGO, “Détachement transnational de travailleurs dans le cadre des prestations de services: un sujet spécialement difficile pour le marché intérieur”, en AA.VV., *Mélanges en l'honneur du Professeur J. Molinier. Liber amicorum*, L.G.D.J., París, 2012, p. 255-278 en esp. pp. 274-276.

¹⁴ M. LLOBERIRA VILLA, *El desplazamiento transnacional de trabajadores. Libre prestación de servicios. Constitución económica y principio de proporcionalidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 248.

significa que el análisis debe realizarse en el contexto específico de la Directiva 2014/67/UE, que define los objetivos y el marco para la aplicación del requisito de proporcionalidad de las sanciones¹⁵.

9. El principio de proporcionalidad ha sido objeto de una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹⁶. Antes de analizar la presente sentencia, cabe destacar que el mismo Tribunal de Justicia en el Auto de 19 de diciembre de 2019, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld* C645/18¹⁷ y el Auto de 19 de diciembre de 2019, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld* (C140/19, C141/19 y C492/19 a C494/19)¹⁸ había declarado que: “*las normas austriacas aplicadas eran contrarias a dicho artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE porque establecían multas de un importe elevado para el incumplimiento de ciertas obligaciones en materia de Derecho laboral relativas a la declaración de trabajadores y a la conservación de documentos salariales que no podían ser inferiores a un importe predeterminado en la misma y se imponían acumulativamente por cada trabajador afectado y sin límite máximo; y, además, se les añadía un 20% del importe de dichas multas en concepto de costas judiciales*”.

III. La postura del Tribunal de Justicia en la sentencia *Link Logistik*

10. En el Asunto *Euro-Team y Spirál-Gép*¹⁹, el Tribunal de Justicia declaró que la normativa húngara sobre la imposición de una multa a tanto alzado por el impago de peajes, independientemente de la naturaleza y la gravedad de la infracción, infringía el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 9 bis de la Directiva 1999/62/CE²⁰.

11. Más tarde, en la Sentencia de 4 de octubre de 2018 *Link Logistik N&N*²¹, otro órgano jurisdiccional húngaro planteó al Tribunal de Justicia sobre si el artículo 9 bis de la Directiva 1999/62, tenía efecto directo y, de ser así, cómo podían o debían proceder en ese caso las autoridades judiciales y administrativas. La respuesta del Tribunal de Justicia ha sido negativa argumentando que “*el principio de proporcionalidad para que se aplicase en el contexto de la Directiva 1999/62, los Estados miembros están obligados a adoptar los actos jurídicos necesarios de acuerdo con su Derecho interno, ya que el artículo 9 bis de esta Directiva establece una obligación que, por su propia naturaleza, requiere la adopción de un acto de los Estados miembros, que disponen de un amplio margen de apreciación en la transposición de esta obligación*”²².

12. Es una postura controvertida del Tribunal de Justicia, al declarar que el artículo 9 bis de la Directiva 1999/62 carece de efecto directo y no confiere a los justiciables, el derecho a invocarlo ante las autoridades nacionales. Sus argumentos se fundamentan principalmente en los siguientes: en una interpretación muy estricta de los requisitos del principio de proporcionalidad: claridad, precisión e incondicionalidad²³; en que la propia norma exige que los Estados miembros están obligados a intervenir

¹⁵ Las conclusiones del Abogado general MICHAL BOBEK, presentadas el 23 de septiembre de 2021, Asunto C-205/20, *NE contra Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, punto 37, ECLI:EU:C:2021:759

¹⁶ Véase en este sentido, Sentencia de 4 de octubre de 2018, *Link Logistik N&N*, Asunto C384/17, ECLI:EU:C:2018:810; Sentencia de 22 de marzo de 2017, *Euro-Team y Spirál-Gép*, Asuntos C497/15 y C498/15, ECLI:EU:C:2017:229; etc.

¹⁷ Auto de 19 de diciembre de 2019, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, Asunto C645/18, no publicado, ECLI:EU:C:2019:1108;

¹⁸ Auto de 19 de diciembre de 2019, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, Asuntos C140/19, C141/19 y C492/19 a C494/19, no publicado, ECLI:EU:C:2019:1103.

¹⁹ Sentencia de 22 de marzo de 2017, *Euro-Team y Spirál-Gép*, Asuntos C497/15 y C498/15, ECLI:EU:C:2017:229.

²⁰ El artículo 9 bis de la Directiva 1999/62 señala: “*Los Estados miembros implantarán los controles adecuados y determinarán el régimen de sanciones aplicable a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva. Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Las sanciones establecidas deberán ser eficaces, proporcionadas y disuasorias*”.

²¹ Sentencia de 4 de octubre de 2018, *Link Logistik N&N*, Asunto C384/17, ECLI:EU:C:2018:810.

²² *Ibidem*, punto 51.

²³ El Tribunal de Justicia señaló que “*la referida Directiva no contiene normas más precisas en lo que respecta al establecimiento de dichas sanciones nacionales y no fija, en particular, ningún criterio explícito para apreciar el carácter proporcional*”.

y que disponen de un amplio margen de apreciación en la transposición de esta obligación²⁴. Finalmente, concluyó que una interpretación contraria llevaría, en la práctica, a suprimir el margen de apreciación conferido únicamente a los legisladores nacionales, a quienes compete diseñar un régimen de sanciones adecuado, en el marco definido en el artículo 9 bis de la Directiva 1999/62²⁵ y que “*en circunstancias como las del litigio principal, el requisito de proporcionalidad de las sanciones establecido en el artículo 9 bis de la Directiva 1999/62 no puede interpretarse en el sentido de que obliga al juez nacional a sustituir al legislador nacional*”²⁶.

13. Cabe mencionar que las conclusiones del Abogado general MICHAL BOBEK, han sido totalmente contradictorias al fallo de la sentencia del Tribunal de Justicia en este asunto²⁷. Él declaró que el artículo 9 bis de la Directiva 1999/62/CE en la medida en que exige la proporcionalidad de las sanciones, tiene efecto directo. Sus argumentos se basaron principalmente que para determinar si una disposición que establece una prohibición o una obligación tiene efecto directo, la cuestión fundamental es determinar si la norma que contiene es justificable. A tal efecto, las condiciones de “suficiencia claridad, precisión e incondicionalidad” deben interpretarse en relación con la capacidad efectiva de las autoridades nacionales para comprender y aplicar por sí mismas esta disposición. Si estas autoridades conservan un poder discrecional o un margen de apreciación con respecto a su aplicación, tal margen de apreciación debe estar limitado por la estructura misma de la disposición. El abogado señaló que cada Estado miembro decidirá sobre el organismo nacional responsable de aplicar el requisito de proporcionalidad en base a su principio de autonomía institucional y procesal. Y cuando falte esta decisión, serán los órganos jurisdiccionales nacionales obligadas a garantizar que las sanciones impuestas en casos individuales no infrinjan el requisito de proporcionalidad establecido en el artículo 9 bis de la Directiva²⁸.

IV. Análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *NE* y la *Bezirksauptmannschaft Hartberg- Fürstenfeld*

1. Los hechos controvertidos y las cuestiones prejudiciales

14. A continuación, desglosaremos los hechos para una mejor comprensión de la cuestión prejudicial formulada por el órgano jurisdiccional austriaco ante el Tribunal de Justicia:

- La sociedad *CONVOI S.R.O.* establecida en Eslovaquia y representada por NE, desplazó a trabajadores por cuenta ajena a *Niedec Global Appliance Austria GmbH*, sociedad establecida en Austria, en Fürstenfeld.
- El 24 de enero de 2018, la Administración del Distrito de Hartberg- Fürstenfeld inspeccionó a la sociedad e impuso una multa de 54.000 euros a NE como representante de la sociedad eslovaca, por incumplimiento de diversas obligaciones establecidas en la LSD-BG²⁹, rela-

do de tales sanciones. Ibidem, punto 52, por referencia a la Sentencia de 22 de marzo de 2017, *EuroTeam y SpirálGép* (C497/15 y C498/15, ECLI:EU:C:2017:229), punto 38.

²⁴ El Tribunal concluyó que, “*dado que requiere la intervención de los Estados miembros y les confiere un amplio margen de apreciación, no puede considerarse que el artículo 9 bis de la Directiva 1999/62 sea, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y suficientemente preciso, lo que excluye su efecto directo*”, *Ibidem*, punto 53.

²⁵ El Tribunal de Justicia declaró que “*una interpretación contraria llevaría, en la práctica, a suprimir el margen de apreciación conferido únicamente a los legisladores nacionales, a quienes compete diseñar un régimen de sanciones adecuado, en el marco definido en el artículo 9 bis de la Directiva 1999/62. Ibidem*, punto 54.

²⁶ *Ibidem*, punto 55.

²⁷ Conclusiones del Abogado general, MICHAL BOBEK presentadas en el asunto *Link Logistik N&N*, Asunto C384/17, ECLI:EU:C:2018:494, puntos 63 a 69, y las conclusiones presentadas en el asunto *Klohn*, Asunto C167/17, ECLI:EU:C:2018:387, puntos 38 a 46.

²⁸ Conclusiones del Abogado presentadas en el asunto *Link Logistik N&N*, Asunto C384/17, ECLI:EU:C:2018:494, punto 113.

²⁹ Véase en este sentido, la Sentencia de 8 de marzo de 2022, Asunto C-205/20, ECLI:EU:C:2022:168, los puntos 4 a 7.

- cionadas especialmente con la declaración de desplazamiento ante la autoridad nacional competente y con la conservación de la documentación salarial, mediante la Resolución de 14 de junio de 2018.
- NE interpuso recurso contra dicha Resolución ante el órgano jurisdiccional, el Landesverwaltungsgericht Steiermark que es el Tribunal Regional de lo Contencioso administrativo de Estiria (Austria).
 - Al tener dudas sobre la conformidad de la normativa austriaca con el Derecho de la Unión, y especialmente en relación con el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE que regula las sanciones, dicho órgano jurisdiccional planteó al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial.
 - El órgano jurisdiccional austriaco era conocedor del Auto de 19 de diciembre de 2019, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*³⁰, donde el Tribunal de Justicia constató el carácter desproporcionado de la combinación de diversos elementos del régimen sancionador austriaco relativo al incumplimiento de obligaciones, esencialmente administrativas, de conservación de documentación sobre el desplazamiento de trabajadores.
 - El órgano jurisdiccional remitente pide aclaraciones respecto a las consecuencias prácticas de Auto de 19 de diciembre de 2019 y pregunta cómo debe proceder en el litigio principal, teniendo en cuenta que las disposiciones de la normativa austriaca vigente son controvertidas. Además, el tribunal austriaco era conocedor de la resolución adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia, *Link Logistik*³¹, un asunto muy parecido al presente litigio en el que declaró que el principio de proporcionalidad no tiene efecto directo.

15. En estas circunstancias, el Landesverwaltungsgericht Steiermark planteó dos cuestiones prejudiciales:

Primera: ¿El requisito de proporcionalidad de las sanciones establecido en el artículo 20 de la Directiva es directamente aplicable?

Segunda: En caso de respuesta negativa a la primera cuestión: ¿Permite y exige la interpretación del Derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión que los órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas de los Estados miembros completen las disposiciones sancionadoras nacionales aplicables en el presente asunto con los criterios de proporcionalidad establecidos en los autos, sin necesidad de que medie la adopción de una nueva disposición nacional?

2. Un cambio de criterio por parte del Tribunal de Justicia: la Directiva tiene efecto directo

16. El órgano jurisdiccional remitente, en la primera cuestión prejudicial pregunta si el artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE, en la medida en que exige que las sanciones que contempla sean proporcionadas, está dotado de efecto directo y puede por tanto ser invocado por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales frente a un Estado miembro que lo haya transpuesto incorrectamente.

17. El efecto directo que el Tribunal de Justicia ha presentado en varios asuntos ha sido objeto de debate en el ámbito académico³².

18. Dos casos similares, pero con fallos distintos, nos encontramos en el asunto *Link Logistik* y en la presente sentencia, ya que el artículo 9 bis de la Directiva 1999/62/CE es una disposición casi idéntica a

³⁰ Auto de 19 de diciembre de 2019, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, C-645/18, ECLI:EU:C:2019:1108.

³¹ Sentencia de 4 de octubre de 2018, *Link Logistik N&N*, C-384/17, cit.

³² M. DOUGAN, .: “When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy”, *Common Market Law Review*, 2007, vol. 44, pp. 931 a 963; M. WATHELET: “Du concept de l’effet direct à celui de l’invocabilité au regard de la jurisprudence récente de la Cour de Justice” en HOSKINS, M., Y ROBINSON, W. (eds.), *A True European: Essays for Judge David Edward*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 367 a 389.

la figura establecida en el artículo 20 de la Directiva 2014/67 objeto de la presente controversia. Además, fue el mismo Abogado general MICHAL BOBEK quien presentó sus conclusiones en ambos asuntos. De hecho, en la presente sentencia fundamentó sus argumentos haciendo una remisión a sus conclusiones en el caso *Link Logistik* y añadiendo algunas consideraciones adicionales de naturaleza sistemática.

19. Desde un principio, el Abogado general y la Comisión tenían muy claro que la Directiva tiene un efecto directo, pero los Gobiernos austriaco y polaco sostenían que el artículo 20 de la Directiva 2014/67 no cumplía los requisitos de la suficiente claridad y precisión, puesto que exige la intervención de los Estados miembros y les deja un amplio margen de apreciación basándose en lo declarado en la sentencia *Link Logistik*. Sin embargo, la posición del Gobierno checo consideraba que no era necesario abordar el carácter incondicional y suficientemente preciso del artículo 20, ya que el Derecho de la Unión se opone rotundamente a la aplicación de las disposiciones de una directiva incorrectamente incorporada al Derecho interno en perjuicio de los particulares como resulta en este caso. Recordamos en este sentido, que el mismo órgano jurisdiccional austriaco considera que el legislador nacional no transpuso correctamente la exigencia de proporcionalidad de las sanciones prevista en el artículo 20 de la Directiva 2014/67, a la vista del Auto de 19 diciembre de 2019.

20. Al declarar el efecto directo de la normativa europea, el Tribunal de Justicia invoca como primer argumento que los particulares están legitimados para invocar las disposiciones de una Directiva, cuyo contenido, no esté sujeto a condición alguna y sea suficientemente precisa ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no haya transpuesto la directiva al Derecho nacional dentro de los plazos señalados, o bien cuando haya hecho una transposición incorrecta³³.

21. Nos gustaría incidir en los argumentos del Abogado general³⁴, que al interpretar el efecto directo de la norma del Derecho de la Unión, se refiere en primer lugar, a su capacidad de aplicarse en el ámbito nacional directamente ante el juez nacional, sin que sea necesaria la “mediación” del Derecho interno. En segundo lugar, precisa que se trata de una fusión efectiva de dos conjuntos de normas aplicables a un caso concreto: la normativa nacional y la normativa europea, y que se aprecia en relación con una disposición jurídica (principio de proporcionalidad) que debe aplicarse ante la autoridad nacional. En tercer lugar, la apreciación se hace teniendo en cuenta la naturaleza, el sistema general y los términos de la disposición de que se trata, en nuestro caso es la Directiva 2014/67/UE. Por ejemplo, en el asunto *Banks*, se ha aclarado el efecto directo de la normativa controvertida que era suficientemente clara, precisa e incondicional para poder ser invocada en el ámbito judicial³⁵. Y en cuarto lugar, que todas las disposiciones del Derecho de la Unión que el legislador nacional debe transponer, como es el requisito de proporcionalidad de las sanciones directamente aplicables y, en consecuencia, estén sujetas al control jurisdiccional de los tribunales nacionales, si es necesario³⁶.

22. Asimismo, aclaró en sus conclusiones que una disposición de una Directiva requiera una adaptación del Derecho interno mediante la adopción de normas nacionales³⁷ no excluye por sí sola el

³³ Sentencia de 8 de marzo de 2022, ECLI:EU:C:2022:168, punto 17; Sentencia de 6 de noviembre de 2018, *MaxPlanck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, Asunto C684/16, ECLI:EU:C:2018:874, punto 63 y la jurisprudencia citada.

³⁴ Conclusiones del Abogado general MICHAL BOBEK, presentadas el 23 de septiembre de 2021, Asunto C-205/20, *NE contra Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, punto 37, ECLI:EU:C:2021:759, punto 32.

³⁵ Según manifiesta el Abogado General Van Gerven en lo que respecta al carácter eminentemente práctico del criterio de apreciación del efecto directo, “una norma de Derecho [de la Unión] tendrá efecto directo siempre que, y en la medida en que sea, por sí misma, suficientemente operacional para que la aplique un órgano jurisdiccional. La claridad, precisión, carácter incondicional y completo o perfección de la norma y su independencia de medidas de ejecución discrecionales son, a este respecto, meros aspectos de una única y misma característica que debe revelar dicha norma, a saber, debe poder ser aplicada por un órgano jurisdiccional a un caso concreto”. Véase las Conclusiones del Abogado General Van Gerven presentadas en el asunto *Banks*, Asunto C128/92, no publicadas, ECLI: EU:C:1993:860, punto 27.

³⁶ Conclusiones del Abogado presentadas el 23 de septiembre de 2021, apartado 45, cit., ECLI:EU:C:2021:759.

³⁷ Conclusiones del Abogado general presentadas el 23 de septiembre de 2021, Asunto C-205/20, *NE contra Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, puntos 43-44, ECLI:EU:C:2021:759: Cabe añadir, por una parte, que tal afirmación ni

efecto directo de una disposición que figura en tal directiva. Porque de ser, impediría a las directivas desplegar efecto directo en caso de que el legislador nacional no llevara a cabo la transposición de estas al Derecho interno o lo hiciera de forma extemporánea o incluso incorrecta³⁸.

23. Como segundo argumento del efecto directo del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE, el Tribunal de Justicia cita su jurisprudencia³⁹ y se centra en aclarar los criterios de este principio que son la claridad, la precisión y la incondicionalidad. En la presente sentencia hay un cambio de criterio jurisprudencial por parte del Tribunal a diferencia de la sentencia *Link Logistik*, ya que declara que a pesar de que los Estados tienen un cierto margen de apreciación a la hora de adoptar la Directiva, dicha disposición tiene carácter preciso e incondicional⁴⁰.

24. Para concluir sus argumentos, el Tribunal de Justicia recuerda que el principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho de la Unión y vincula a los Estados miembros sin que haya o no una armonización de la legislación europea en el ámbito de las sanciones. El principio de proporcionalidad del artículo 20 de la Directiva 2014/67 tiene carácter imperativo, y los Estados miembros al adoptar sanciones de naturaleza penal, deben tener en cuenta el artículo 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴¹, a tenor del cual la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

A) Los criterios del principio de proporcionalidad: incondicionalidad, claridad y precisión

25. El primer criterio es la incondicionalidad del principio de proporcionalidad de las sanciones que se realiza en términos absolutos y que la prohibición de adoptar sanciones desproporcionadas⁴² sería una exigencia de su incondicionalidad.

26. El Abogado general, en sus conclusiones⁴³, observa la función del principio de proporcionalidad en el ámbito de las sanciones desde el punto de vista de su carácter limitador de la actuación de las autoridades administrativas, apuntando sin duda a un contenido o una protección de “mínimos”. A pesar de que los Estados miembros disponen de un cierto grado de apreciación, los requisitos del efecto directo pueden cumplirse igualmente cuando la cuestión de si las autoridades nacionales *van más allá de su facultad de apreciación* puede ser objeto de control judicial⁴⁴.

siquiera resulta exacta desde el punto de vista fáctico en una situación como la de Link Logistik ni, de hecho, en el presente asunto. En estos casos, el legislador nacional ya ha ejercido su facultad de transposición. Sin embargo, lo ha hecho de forma manifiestamente excesiva y, por tanto, errónea, provocando una aplicación incorrecta del Derecho de la Unión en el ámbito nacional. ¿No es curioso que para el Tribunal de Justicia lo exigido por el requisito de proporcionalidad fuera lo suficientemente claro e incondicional como para declararlo, sobre la base de la situación concreta, incompatible con las normas nacionales, pero que para el juez nacional tales exigencias no fueran lo suficientemente claras e incondicionales como para aplicarlas directamente en el mismo caso concreto?

³⁸ Conclusiones del Abogado general presentadas el 23 de septiembre de 2021, Asunto C-205/20, punto 43.

³⁹ Sentencia de 14 de enero de 2021, *RTS infra y Aannemingsbedrijf NorréBehaegel*, Asunto C387/19, ECLI:EU:C:2021:13, punto 46 y jurisprudencia citada

⁴⁰ El Tribunal de Justicia señala: “*aun cuando una Directiva deje a los Estados miembros un cierto margen de apreciación a la hora de adoptar las normas de aplicación, puede considerarse que una disposición de dicha directiva tiene carácter preciso e incondicional cuando pone a cargo de los Estados miembros, en términos inequívocos, una obligación de resultado precisa y que no está sometida a condición alguna en cuanto a la aplicación de la regla que recoge*”, Sentencia de 8 de marzo de 2022, ECLI:EU:C:2022:168, ap. 19; Véase también la Sentencia de 14 de enero de 2021, *RTS infra y Aannemingsbedrijf NorréBehaegel*, C387/19, ECLI:EU:C:2021:13, apartado 46 y jurisprudencia citada.

⁴¹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *OJ C 202*, 7.6.2016, p. 389–405; ELI: http://data.europa.eu/eli/treaty/char_2016/oj

⁴² Véase, por analogía, la Sentencia de 15 de abril de 2008, *Impact*, Asunto C268/06, ECLI:EU:C:2008:223, punto 62.

⁴³ Conclusiones del Abogado general presentadas el 23 de septiembre de 2021, Asunto C-205/20, punto 41.

⁴⁴ Sentencias de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn* (41/74, ECLI:EU:C:1974:133), apartados 7 y 13. Véanse asimismo las sentencias de 24 de octubre de 1996, *Kraaijeveld* y otros (C72/95, ECLI:EU:C:1996:404), apartado 59; de 15 de abril de 2008, *Impact* (C268/06, ECLI:EU:C:2008:223), apartado 64, y de 21 de marzo de 2013, *Salzburger Flughafen* (C244/12,

27. Compartimos la opinión del Abogado general al declarar que en el asunto *Link Logistik* se excluyó el efecto directo del requisito de proporcionalidad establecido en el artículo 9 *bis* de la Directiva 1999/62 al realizarse una interpretación muy estricta y rígida de la claridad, precisión e incondicionalidad⁴⁵. Las disposiciones sobre sanciones contenidas tanto en el artículo 9 *bis* de la Directiva 1999/62, como en el artículo 20 de la Directiva 2014/67 no contienen normas precisas en lo que respecta al establecimiento de sanciones. A pesar de ello, no podemos excluir la claridad, la precisión y el carácter incondicional del principio de proporcionalidad, ni la correspondiente prohibición de establecer sanciones desproporcionadas.

28. El Tribunal de Justicia admite que la interpretación según la cual la necesidad de transponer la exigencia de proporcionalidad de las sanciones establecida en el artículo 20 de dicha Directiva puede enervar su carácter incondicional (...), pero dicha consecuencia impedirá a los particulares afectados a invocar, en su caso, la prohibición de adoptar sanciones desproporcionadas⁴⁶. Además, resulta incompatible con el carácter vinculante que el artículo 288 TFUE reconoce a las directivas excluir, en principio, que las obligaciones que estas imponen puedan ser invocadas por las personas afectadas⁴⁷.

29. El segundo criterio hace referencia a la claridad y la precisión del principio de proporcionalidad. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia no es unánime respecto a estos conceptos, ya que en la mayoría de casos respalda la flexibilidad del término “claro y preciso”, incluyendo conceptos jurídicos indeterminados⁴⁸, pero en ocasiones se limita a una interpretación rígida, como fue en el caso *Link Logistik*.

30. En el contexto de las sanciones, los criterios de claridad y precisión del principio de proporcionalidad exigen por una parte, que la sanción impuesta refleje la gravedad de la infracción y, por otra, que al determinar la sanción y fijar el importe de la multa, se tengan en cuenta las circunstancias individuales del caso concreto⁴⁹, y por ello, en el caso que nos ocupa, significa que el análisis debe realizarse en el contexto específico de la Directiva 2014/67/UE, que define los objetivos y el marco para la aplicación del requisito de proporcionalidad de las sanciones.

31. Asimismo, los criterios de claridad y precisión resultan de la limitación del margen de apreciación por parte de los Estados miembros para definir el régimen sancionador. Según la Directiva mediante la prohibición de establecer sanciones desproporcionadas y del control jurisdiccional del margen con la finalidad de comprobar si el Estado miembro de que se trate ha sobrepasado los límites fijados a ese margen de apreciación al transponer dicho precepto⁵⁰. Si hay un exceso en la facultad de apreciación

EU:C:2013:203), apartados 29 y 31. También se puede consultar una aplicación más reciente en la sentencia de 5 de septiembre de 2012, *Rahman y otros* (C83/11, ECLI:EU:C:2012:519), apartado 25 y jurisprudencia citada, en la que el Tribunal de Justicia declaró que, aunque los términos de una disposición del Derecho de la Unión «no [sean] lo suficientemente precisos como para permitir que un solicitante [...] se ampare directamente en dicha disposición para invocar los criterios de apreciación que, en su opinión, deben aplicarse a su solicitud, no es menos cierto que dicho solicitante tiene el derecho de que un órgano jurisdiccional compruebe si la normativa nacional y la aplicación de [esta] han respetado los límites del margen de apreciación trazado por la Directiva».

⁴⁵ Conclusiones del Abogado general presentadas el 23 de septiembre de 2021, Asunto C-205/20, punto 43.

⁴⁶ Sentencia de 8 de marzo de 2022, ECLI:EU:C:2022:168, punto 26

⁴⁷ Véase, en este sentido, la Sentencia de 26 de junio de 2019, *Craeynest y otros*, Asunto C723/17, ECLI:EU:C:2019:533, punto 32; Sentencias de 25 de julio de 2008, *Janecek*, C237/07, ECLI:EU:C:2008:447, apartado 37, y de 19 de noviembre de 2014, *Client Earth*, C404/13, ECLI:EU:C:2014:2382; apartado 55.

⁴⁸ El ejemplo clásico lo encontramos en las sentencias del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*, Asunto C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, y de 19 de diciembre de 1968, *Salgoil*, Asunto C-13/68, ECLI:EU:C:1968:54, donde declaró que las disposiciones sobre los derechos de aduana y las restricciones cuantitativas, así como las medidas de efecto equivalente, eran suficientemente claras y precisas para tener efecto directo, y, aun así, el Tribunal de Justicia ha dedicado el último medio siglo a interpretar la expresión “medidas de efecto equivalente”.

⁴⁹ Sentencia *Link Logistik*, punto 45, cit.

⁵⁰ Véanse por analogía, la Sentencia de 24 de octubre de 1996, *Kraaijeveld y otros*, C72/95, ECLI:EU:C:1996:404, punto 59, y Sentencia de 26 de junio de 2019, *Craeynest y otros*, C723/17, ECLI:EU:C:2019:533, punto 45; Sentencia de 8 de marzo de 2022, punto 28.

al establecer una normativa nacional que contempla sanciones desproporcionadas con arreglo a la Directiva 2014/67/UE, la persona afectada puede invocar directamente la exigencia de proporcionalidad de las sanciones contemplada en el artículo 20 de esta Directiva frente a tal normativa⁵¹.

32. Al argumentar sus conclusiones, el abogado hizo hincapié en la distinción entre la *claridad de una norma* y la *claridad del resultado* al que conduce la aplicación de esa norma en cada caso concreto,⁵² manifestando que la proporcionalidad de las sanciones constituye un excelente ejemplo a este respecto. También invoca que la “claridad y la precisión” del principio de proporcionalidad parece ser claro y preciso si se considera desde el punto de vista de las autoridades que están llamadas a aplicarlo de manera periódica, al estar familiarizados y dotados para efectuar el examen de proporcionalidad⁵³. El abogado entiende, que a pesar de la existencia de varias Directivas que contemplan el principio de proporcionalidad en esferas jurídicas distintas, eso no puede conllevar a interpretaciones distintas de los conceptos de precisión, claridad o incondicionalidad, porque están expresados en términos casi idénticos en todos esos instrumentos. No puede variar el contenido y la naturaleza del principio de proporcionalidad en el contexto de las sanciones, pero sí la correspondiente graduación de sanciones proporcionadas en función del objeto normativo y del tipo de infracciones que deben sancionarse⁵⁴.

B) Elementos adicionales que justifican el efecto directo del principio de proporcionalidad

33. Para argumentar el efecto directo del requisito de proporcionalidad, el Abogado se centra en analizar los criterios del principio de proporcionalidad y también incluye ciertas consideraciones adicionales⁵⁵. Él parte desde un punto de vista más amplio y sistemático del principio de proporcionalidad previsto en el artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE no como una norma aislada, sino como parte del Derecho de la Unión Europea. Desde una dimensión vertical, habrá que tener en cuenta la relación entre la Directiva con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los Tratados y los principios generales del Derecho. Y desde la dimensión horizontal, cabe señalar que existen múltiples disposiciones redactadas en términos prácticamente idénticos repartidas por otros instrumentos del Derecho derivado.

34. En primer lugar, negar el efecto directo de la disposición controvertida puede conducir a descartar el carácter directo del art. 49.3 de la Carta y de la prohibición de las sanciones desproporcionadas. Señala que teniendo en cuenta la precisión, la claridad y el carácter incondicional de la norma controvertida, la prohibición de establecer sanciones desproporcionadas tiene más opciones de obtener el reconocimiento de efecto directo.

35. En segundo lugar, todas las libertades fundamentales en su contenido contienen el principio de proporcionalidad, aunque no se menciona expresamente, éste ha sido desarrollado por vía jurisprudencial en el análisis de las justificaciones de restricciones a normas o a prácticas indirectamente discriminatorias⁵⁶. El contenido del requisito de proporcionalidad sigue siendo formalmente el mismo,

⁵¹ Véanse por analogía, las Sentencias de 28 de junio de 2007, *JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust y The Association of Investment Trust Companies*, C363/05, ECLI:EU:C:2007:391, punto 61, y de 28 de noviembre de 2013, MDDP, C319/12, ECLI:EU:C:2013:778, punto 51.

⁵² Véase, como ejemplo práctico de esta situación, la Sentencia de 19 de junio de 2014, *Specht y otros* (C501/12 a C506/12, C540/12 y C541/12, ECLI:EU:C:2014:2005), puntos 88 a 97, en la que se puso de manifiesto que la prohibición de discriminación impuesta era suficientemente precisa e incondicional aun cuando su aplicabilidad ante el juez nacional no pudiera conducir a un resultado determinado.

⁵³ Conclusiones del Abogado general presentadas el 23 de septiembre de 2021, Asunto C-205/20, puntos 38 y 39.

⁵⁴ Conclusiones del Abogado general presentadas el 23 de septiembre de 2021, Asunto C-205/20, puntos 56 y 57.

⁵⁵ Conclusiones del Abogado general presentadas el 23 de septiembre de 2021, Asunto C-205/20, puntos 46 a 58.

⁵⁶ Por ejemplo, sentencias de 19 de abril de 2007, *Stamatelaki*, C444/05, ECLI:EU:C:2007:231; de 13 de noviembre de 2018, *Čepelnik*, C33/17, EU:C:2018:896, puntos 46 a 50, o de 3 de marzo de 2020, *Google Ireland*, C482/18, ECLI:EU:C:2020:141, puntos 44 a 54.

con independencia de si es examinado en el marco del artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE o en una disposición general establecida en el artículo 56 TFUE.

36. En tercer lugar, el Tribunal de Justicia ha declarado implícitamente que la disposición prevista en el artículo 325 TFUE, tiene efecto directo y que los Estados miembros están obligados de dejar sin aplicación disposiciones internas contrarias a dicha exigencia⁵⁷. Sin embargo, en la línea jurisprudencial emergente en relación con la citada disposición, no se ha puesto el foco en el requisito de proporcionalidad, sino en el de *eficacia*.

37. En cuarto y último lugar, como demuestra el presente asunto, una resolución del Tribunal de Justicia sobre la cuestión del efecto directo del requisito de proporcionalidad de las sanciones puede tener efectos horizontales en otros regímenes de Derecho derivado distintos de la Directiva 2014/67, o, por ende, de la Directiva 1999/62. Existen numerosas directivas en distintos ámbitos del Derecho de la Unión que contienen una disposición uniforme y prácticamente idéntica sobre sanciones, la cual menciona que las sanciones o penas que deben establecer los Estados miembros deben ser “eficaces, proporcionadas y disuasorias”.

38. Como conclusión final, el Abogado declara que la naturaleza y el contenido del principio de proporcionalidad de las sanciones siguen siendo los mismos al margen del campo normativo de la Directiva y es directamente aplicable. La materia objeto de regulación y el tipo de infracciones que han de sancionarse constituyen un mero elemento fáctico que debe tenerse en cuenta e incluirse en la ecuación de proporcionalidad.

39. Parece que en la presente sentencia, el Tribunal de Justicia cambia de criterio siendo más flexible al interpretar el principio de proporcionalidad de las sanciones establecido en el artículo 20 de la citada Directiva, en cuanto a sus criterios de incondicionalidad, claridad y precisión. La Directiva está dotada de efecto directo y un particular, por tanto, la puede invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales frente a un Estado miembro que lo haya transpuesto incorrectamente.

3. Las consecuencias específicas del efecto directo del principio de proporcionalidad

40. En la segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional austriaco ha solicitado aclaraciones para el supuesto de que se responda negativamente a la primera cuestión que el artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE careciese de efecto directo. El abogado general en sus conclusiones destacó la importancia de contestar a dicha pregunta en un escenario en el que la disposición del Derecho de la Unión (el principio de proporcionalidad) está dotada de efecto directo, ya que en caso contrario resultaría irrelevante⁵⁸.

41. Debido a la confusión desatada en el fallo de la Sentencia *Link Logistik*, también, se plantea la cuestión de si el principio de primacía del derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que impone a las autoridades nacionales la obligación de inaplicar en su totalidad la normativa que contraviene la exigencia de proporcionalidad del artículo 20 de la Directiva o solo desechar aquellas partes que no permitan imponer sanciones proporcionadas. Recordamos la jurisprudencia del Tribunal afirma que la inaplicación de normas nacionales, solo es posible en aquellos casos en los que la norma del Derecho de la Unión invocada esté dotada de efecto directo. El abogado declara que no es un supuesto de interpretación conforme con el Derecho de la Unión, sino que se trata de la inaplicación de

⁵⁷ Sentencia de 8 de septiembre de 2015, *Taricco y otros* (C105/14, ECLI:EU:C:2015:555), apartado 52, en la que el Tribunal de Justicia declara que «en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, las disposiciones del artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, producen el efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, de hacer inaplicable de pleno derecho, por el propio hecho de su entrada en vigor, cualquier disposición contraria de la legislación nacional existente». Véase asimismo la sentencia de 5 de diciembre de 2017, *M.A.S. y M.B.* (C42/17, ECLI:EU:C:2017:936), apartado 39

⁵⁸ Conclusiones del Abogado general presentadas el 23 de septiembre de 2021, Asunto C-205/20, punto 63.

estas normas nacionales o incluso de “completarlas” con las normas pertinentes del Derecho de la Unión⁵⁹. Explica que el término “completar” solamente puede hacer referencia a la aplicación directa del principio de proporcionalidad con el fin de colmar las disposiciones nacionales y, en particular, llenar el vacío creado por los elementos inaplicados del Derecho nacional.

42. Para garantizar la efectividad del conjunto de las disposiciones del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia precisa dos situaciones en relación al principio de primacía. En primer lugar, señala que, en la medida de lo posible, los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretar el Derecho interno con el Derecho de la Unión⁶⁰ y aclara que «*la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional tiene determinados límites y no puede, en particular, servir de fundamento para una interpretación contra legem del Derecho nacional*»⁶¹. El Derecho de la Unión despliega plenitud de efectos en todos los Estados miembros desde la fecha de su vigencia y los órganos jurisdiccionales deben interpretar el derecho nacional en conformidad con el Derecho europeo.

43. En segundo lugar, el Tribunal aclara las consecuencias en caso de que resulte imposible interpretar la normativa nacional conforme a las exigencias del Derecho europeo. En este caso, los órganos jurisdiccionales nacionales dejarán inaplicada cualquier normativa o práctica nacional contraria a una disposición del Derecho de la Unión que tenga efecto directo y sin estar obligados a solicitar o esperar la previa eliminación por vía legislativa o mediante cualquier otro procedimiento constitucional⁶². Parece que el Tribunal de Justicia opta por el segundo caso. En caso de una transposición incorrecta de la Directiva, el particular puede recurrir ante el juez nacional del Estado miembro que no haya hecho bien sus deberes, y corresponderá al juez nacional garantizar su plena eficacia y en caso, de no poder interpretar la normativa nacional de manera conforme con dicha exigencia, desechar las disposiciones nacionales que resulten incompatibles con ella.

44. En el presente caso, incumbe al juez austriaco que conoce del recurso, desechar la parte de la normativa nacional de la que dimana el carácter desproporcionado de las sanciones, de modo que se impongan sanciones proporcionadas y que a la vez sean efectivas y disuasorias. Recordamos que el Tribunal ya manifestó en el Auto de 19 de diciembre de 2019, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld* que determinadas formas de fijación del importe de las multas previstas LSD-BG no eran compatibles con el artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE, pero en ningún momento se puso en tela de juicio el principio de proporcionalidad. En definitiva, para garantizar la aplicación plena de la exigencia de proporcionalidad bastaría con desechar las disposiciones nacionales únicamente en la medida en que impidan la imposición de sanciones proporcionadas, con el fin de garantizar que las sanciones impuestas a la persona de que se trate se ajusten a esa exigencia⁶³.

4. Legalidad, seguridad jurídica e igualdad ante la ley en la imposición de sanciones

45. Al presentar sus observaciones, las partes interesadas en el asunto han adoptado posturas divergentes en cuanto a las consecuencias del efecto directo del requisito de proporcionalidad consagrado en el artículo 20 de la Directiva 2014/67. Especialmente, teniendo en cuenta la postura de los Gobiernos checo y polaco, el Tribunal de Justicia aclara que no se contradice con los principios de seguridad jurídica, de legalidad de los delitos y de las penas y de igualdad de trato.

⁵⁹ Ibidem, punto 62.

⁶⁰ Sentencia de 24 de junio de 2019, *Popławski*, C-573/17, EU:C:2019:530, apartado 57

⁶¹ Sentencia de 6 de octubre de 2021, *Sumal*, C-882/19, EU:C:2021:800, apartado 72 y jurisprudencia citada.» (apartados 35 y 36)

⁶² En este sentido, las sentencias de 24 de junio de 2019, *Popławski*, C573/17, ECLI:EU:C:2019:530, apartados 58 y 61, y de 21 de diciembre de 2021, *Euro Box Promotion* y otros, C357/19, C379/19, C547/19, C811/19 y C840/19, ECLI:EU:C:2021:1034, apartado 252.

⁶³ Sentencia de 8 de marzo de 2022, ECLI:EU:C:2022:168, puntos 40-44.

46. Tanto el principio de seguridad jurídica, como la igualdad ante la ley constituyen principios generales del Derecho de la Unión. El principio de seguridad jurídica, exige particularmente, que una normativa sea clara y precisa, con el fin de que los justiciables puedan conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones y adoptar las medidas oportunas en consecuencia⁶⁴. Una manifestación del principio de seguridad jurídica constituye el principio de legalidad de los delitos y de las penas consagrado en el artículo 49.1 de la Carta⁶⁵.

47. En relación con el primero, el Tribunal de Justicia, aunque admite que «...*la circunstancia de que una autoridad nacional haya de desechar parte de esta normativa nacional pueda crear cierta ambigüedad en cuanto a las normas jurídicas aplicables a dichas infracciones*», ello no contraviene a los principios de seguridad jurídica y de legalidad de los delitos y de las penas.

48. Y respecto a la igualdad de trato⁶⁶, “*dado que la exigencia de proporcionalidad establecida en el artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE entraña una limitación de las sanciones que debe ser observada por todas las autoridades nacionales responsables de la aplicación de esta exigencia en el ámbito de sus competencias, al tiempo que se permite a estas autoridades imponer sanciones diferentes en atención a la gravedad de la infracción con arreglo a la normativa nacional aplicable, no puede considerarse que tal exigencia conculque el principio de igualdad de trato*”⁶⁷.

V. Reflexiones finales

49. Sin duda compartimos la respuesta del Tribunal de Justicia en la presente sentencia. Se ha demostrado plenamente que el principio de proporcionalidad de las sanciones establecido en el artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior, tiene efecto directo.

50. Dicho efecto directo se debe a la naturaleza y el contenido del principio de proporcionalidad en el ámbito de las sanciones que debe ser idéntico, teniendo en cuenta los objetivos que persigue cada Directiva en su campo normativo. La forma de interpretación de los requisitos incondicionalidad, claridad y precisión deben ser iguales en todos los asuntos al examinar el principio de proporcionalidad en el contexto de las sanciones. El cambio de criterio jurisprudencial es bienvenido, porque aclara varios aspectos importantes respecto al efecto directo de la Directiva 2014/67/UE, los requisitos del principio de proporcionalidad, pero la disparidad de los criterios provoca incertidumbre, confusiones e inseguridad jurídica.

51. El abogado general en sus conclusiones ha llegado a señalar que la sentencia *Link Logistik* debe ser expresa y abiertamente anulada⁶⁸. Habrá que esperar a ver si el Tribunal de Justicia procede a revisar su jurisprudencia, tal y como lo ha hecho en otras ocasiones.

⁶⁴ Sentencia de 8 de marzo de 2022, ECLI:EU:C:2022:168, apartado 46; Sentencia de 28 de marzo de 2017, *Rosneft*, C72/15, apartado 161, ECLI:EU:C:2017:236; Sentencia de 10 de enero de 2006, *IATA y ELFAA*, C344/04, ECLI:EU:C:2006:10, apartado 68.

⁶⁵ Sentencia de 8 de marzo de 2022, ECLI:EU:C:2022:168, apartado 47; Sentencia de 28 de marzo de 2017, *Rosneft*, C72/15, apartado 162, ECLI:EU:C:2017:236.

⁶⁶ Véase en este sentido la interpretación del principio de igualdad ante la Ley consagrado en el artículo 20 de la Carta: Sentencia de 2 de septiembre de 2021, *État belge* (Derecho de residencia en caso de violencia doméstica), C930/19, ECLI:EU:C:2021:657, apartado 57; Sentencia de 17 de octubre de 2013, *Schaible*, C101/12, ECLI: EU:C:2013:661, apartado 76; etc.

⁶⁷ Sentencia de 8 de marzo de 2022, ECLI:EU:C:2022:168, apartado 56.

⁶⁸ Conclusiones del Abogado general presentadas el 23 de septiembre de 2021, Asunto C-205/20, punto 129.

52. Y respecto al principio de primacía del Derecho de la Unión, los argumentos nos parecen adecuados, ya que deben interpretarse en el sentido de que impone a las autoridades nacionales la obligación de dejar inaplicada una normativa nacional que en parte contraviene la exigencia de proporcionalidad de las sanciones establecida en el artículo 20 de la Directiva 2014/67 únicamente en cuanto sea necesario para permitir la imposición de sanciones proporcionadas. Los órganos jurisdiccionales y las autoridades administrativas nacionales están obligados de adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de la Directiva y deben abstenerse de aplicar disposiciones nacionales que contravienen a la normativa europea y con los criterios del principio de proporcionalidad establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

El reconocimiento de las relaciones de filiación en la Unión Europea: la libre circulación de certificados de nacimiento expedidos en un Estado miembro. En torno a la STJUE Pacharevo y al ATJUE K.S.-S.V.D.

The recognition of filiation relationships in the European Union: the free movement of birth certificates issued in a member state. Around the STJUE Pacharevo and the ATJUE K.S.-S.V.D.

NATIVIDAD GOÑI URRIZA

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Pública de Navarra*

ORCID ID 0000-0003-0119-3249

Recibido: 15.11.2022/Aceptado: 28.12.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7577

Resumen: El Auto del TJUE de 24 de junio de 2022 en el caso *K.S.-S.V.D.* confirma la jurisprudencia del caso *Pancharevo* dictada seis meses antes y obliga a los Estados miembros a reconocer la relación de filiación constituida entre una menor y sus dos madres en un Estado miembro a los solos efectos de la expedición de los documentos necesarios para que éstas puedan ejercer su derecho a la libre circulación y residencia.

Palabras clave: Libertad de residencia y circulación, reconocimiento de certificado de nacimiento, Derecho de las menores a la vida privada y familiar y a mantener relaciones personales con sus progenitores.

Abstract: The Order of the Court of Justice of June 24, 2022 in *K.S.-S.V.D.* confirms the judgement of the *Pancharevo* case awarded six months before and obliges Member States to recognize the parent-child relationship established between a minor and her two mothers in a Member State for the sole purpose of issuing the documents necessary for them to exercise their right to free movement and residence.

Keywords: Right to move and reside freely within the territory of the Member States. Transcription of birth certificate, child rights for private and family life and to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his or her parents.

Sumario: I. La libre circulación de certificados de nacimiento en la Unión Europea II. Los vínculos de filiación constituidos en los Estados de la Unión Europea. III. El reconocimiento del vínculo de filiación limitado al ejercicio de las libertades de circulación y residencia. IV. Cuestiones jurídicas preliminares. 1) La competencia estatal de concesión de la nacionalidad. 2) La situación debe estar comprendida en el ámbito del Derecho de la Unión. V. La justificación de la posible obstaculización de las libertades de circulación y residencia mediante medidas compatibles con la Carta. VII. A modo de recapitulación.

I. La libre circulación de certificados de nacimiento en la Unión Europea

1. El alcance de las normas del Tratado de Funcionamiento sobre la libre circulación de personas (artículos 20 y 21 TFUE) continúa planteando cuestiones en relación al reconocimiento en los Estados miembros de las relaciones familiares creadas válidamente en otro Estado de la Unión¹. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha resuelto las cuestiones manteniendo una intervención del Derecho de la Unión limitada a sus competencias -garantizar el traspaso de la frontera y la entrada y residencia de una beneficiaria de estas libertades conforme a la Directiva 2004/38-².

2. El TJUE ha resuelto dos casos muy similares en poco más de seis meses - el caso *Pancharevo* y el caso *K.S.-S.V.D.*- en los que se aprecian importantes similitudes fácticas y jurídicas, de modo que dado los vínculos de conexión entre ambos el TJUE Justicia resuelve el segundo haciendo referencia constante a *Pancharevo* que puede considerarse su precedente³.

El propio TJUE reconoce que la respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal polaco remitente en *K.S.-S.V.D.* se deduce claramente de la jurisprudencia ya dictada en *Pancharevo* por lo que resuelve la cuestión prejudicial mediante auto (artículo 99 Reglamento de Procedimiento). Igualmente, de los razonamientos de la sentencia dictada en el asunto *K.S.-S.V.D.* se deduce que confirma al pie de la letra la interpretación de los artículos 20.2, letra a) y 21 del TFUE, los artículos 7, 21.1, 24.2 y 45 de la Carta de Derechos Fundamentales (Carta) y el artículo 4.3 de la Directiva 2004/38 realizada en el asunto *Pancharevo*.

Se trata de dos asuntos con gran trascendencia para la libre circulación de personas en la Unión ya que en ambos se interpretan los artículos 20 y 21 del TFUE en el sentido de que crean la obligación para un Estado miembro de emitir -sin previa expedición de certificado de nacimiento por las autoridades del Estado de la nacionalidad de una menor- los documentos necesarios - el documento nacional de identidad o el pasaporte- en el que consten los progenitores del mismo sexo, tal y como sucede en la certificación de nacimiento expedida en otro Estado de la Unión- para que ésta pueda ejercer su derecho a la libre circulación de residencia y desplazamiento.

Las sentencias imponen a los Estados miembros el reconocimiento de la relación de filiación constituida en un Estado de la Unión a los únicos efectos de imponer la obligación de expedir un documento que posibilite el desplazamiento entre los Estados miembros de una ciudadana de la Unión.

En los dos casos se sigue la estela del caso *Coman* que resuelve sobre el derecho de residencia y circulación de un ciudadano varón de un tercer Estado casado con otro varón nacional de un Estado miembro⁴. En todos ellos se obliga a otro Estado miembro a reconocer el vínculo familiar, matrimonio o filiación constituido en otro Estado miembro a los efectos de poder ejercer los derechos de residencia y circulación de los artículos 20 y 21 TFUE.

¹ Las decisiones del TJUE esenciales en relación a la constitución de vínculos familiares son: STJ de 5 junio 2018, C-673/16, *Coman*, EU:C:2018:385; STJ 14 diciembre 2021, C-490/20, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, EU:C:2021:1008 y Auto del TJUE 24 junio de 2022, C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich v K.S. y otros*, EU:C:2022:502.

² Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) no1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004L0038-20110616&from=ES>

³ Auto del TJUE 24 junio 2022, C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich v K.S. y otros*, EU:C:2022:502. Sobre el caso *Pancharevo* (STJUE 14 diciembre 2021, C-490/20, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, EU:C:2021:1008) véase 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>; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant, 2022, pp. 1912-1915; 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 y M^a J., SÁNCHEZ CANO, "La libertad de circulación de personas a la luz de los nuevos modelos de familia. Una visión desde la sentencia *Pancharevo*", *CDT*, Vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 1123-1233.

⁴ STJ de 5 junio 2018, C-673/16, *Coman*, EU:C:2018:385.

II. Las situaciones de los vínculos de filiación constituidos en los Estados de la Unión Europea

3. En el caso *Pancharevo* se plantea la efectividad en Bulgaria de una relación de filiación constituida en España. Tras el nacimiento de la niña S.D.K.A. en España, las autoridades españolas expiden un certificado de nacimiento de la menor en el que se hace constar a V. M. A. como «madre A» y K. D. K. como «madre». V. M. A. tiene la nacionalidad búlgara y K. D. K. es nacional del Reino Unido y habían contraído matrimonio antes del nacimiento de la menor en España, país donde residían.

V. M. A. solicitó a las autoridades competentes en Sofía la expedición del certificado de nacimiento de S.D.K.A. con el fin de obtener el documento de identidad búlgaro. Las autoridades búlgaras requirieron una prueba de filiación de la menor, en concreto las relativas a la identidad de su madre biológica. Al no facilitarse la prueba de la maternidad biológica las autoridades denegaron el certificado de nacimiento a la menor. Las razones que motivaron la resolución denegatoria se referían, por un lado, a la falta de información sobre la identidad de la madre biológica y, por otro lado, a la contrariedad con el orden público búlgaro de la existencia de dos progenitores del mismo sexo (apdo. 23).

4. En el caso *K.S.-S.V.D.*, dos mujeres -K.S. y S.V.D.- de nacionalidad polaca e irlandesa, respectivamente, contrajeron matrimonio en Irlanda en 2018. En ese mismo año nació en España la menor S.R.S. y este nacimiento se inscribió en el Registro Civil español constando como “madre A” K.S. y como “madre B” S.V.D. con base en la declaración conjunta del matrimonio.

En este caso los problemas surgen cuando se solicita la inscripción de la certificación de nacimiento de la niña S.R.S. en el Registro Civil polaco. La inscripción fue denegada alegando que la misma sería contraria al orden público del ordenamiento jurídico de Polonia (apdo. 18).

Por tanto, los hechos que dan lugar a ambas cuestiones prejudiciales tienen su origen en el nacimiento en España de una niña estando su madre casada con otra mujer y constando una y otra en el certificado de nacimiento español como madres. En ninguno de los casos se cuestiona la ciudadanía de la Unión de las menores ya que ostentaban nacionalidad de un Estado miembro -búlgara y polaca-.

III. El reconocimiento del vínculo de filiación limitado al ejercicio de las libertades de circulación y residencia

5. En *Pancharevo* el tribunal remitente pregunta al TJUE, en primer lugar, si es compatible con el derecho a la libre circulación y residencia del TFUE la negativa de las autoridades búlgaras a inscribir el nacimiento de una nacional búlgara acreditado mediante un certificado de nacimiento con base en que no se indica cuál es la madre biológica de la menor.

En segundo lugar, se pregunta, por un lado, si el concepto de identidad nacional del artículo 4.2 TUE ampara que las autoridades búlgaras exijan a la madre cuya filiación alega aporte los datos que acrediten la filiación biológica de la menor. Por otro lado, si esa disposición y los artículos 7 y 24.2 de la Carta exigen ponderar el concepto de identidad nacional y el interés superior del menor, teniendo en cuenta que no existe consenso sobre la posibilidad de incluir como progenitores a dos personas del mismo sexo y sobre la posibilidad no precisar quien es la progenitora biológica de la menor.

En tercer lugar, se pregunta si las consecuencias jurídicas del Brexit afectan a la primera pregunta teniendo en cuenta que una de las madres que constan en la certificación de nacimiento emitida por las autoridades españolas tiene la nacionalidad británica.

Finalmente, se pregunta al TJUE si, en caso de respuesta afirmativa a la primera pregunta y, con el fin de garantizar la efectividad del Derecho de la Unión, éste obliga a los Estados miembros a que establezcan un modelo de certificación de nacimiento distinto al que tienen en vigor.

6. En *K.S.-S.V.D.* se le pregunta al TJUE si la denegación de la inscripción del certificado de nacimiento en el Registro civil polaco de una nacional con dos madres, cuya filiación se ha constituido en otro Estado de la Unión, vulnera su derecho a la libre circulación y residencia en tanto dicha inscripción es necesaria para la expedición de su documento nacional o pasaporte.

7. El TJUE en realidad no contesta a las cuestiones que se le plantean por los órganos jurisdiccionales remitentes.

En el caso *Pancharevo* el TJUE reconduce las cuestiones planteadas a la pregunta 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. En caso afirmativo, dicho órgano jurisdiccional 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.» (apdo. 36).

En el caso *K.S.-S.V.D.* no se pronuncia sobre la obligación de las autoridades del Registro Civil polaco de inscripción del certificado de nacimiento expedido en España (apdo. 25). El TJUE indica en la sentencia que el Derecho de la Unión no obliga al Estado miembro de acogida al reconocimiento pleno, *erga omnes*, de la situación jurídica de filiación creada en otro Estado de la Unión, sino que establece que únicamente a los solos efectos de aplicar el artículo 4.3 de la Directiva 2004/38 en cuanto concreta el derecho a circular y residir de los ciudadanos de la Unión y de sus familiares tiene que expedir los documentos que la hagan posible⁵.

En la sentencia del caso *K.S.-S.V.D.* se concluye de forma directa que el artículo 4.3 de la Directiva obliga a los Estados miembros a expedir, conforme a su derecho, un documento de identidad o pasaporte *con independencia de que se inscriba la certificación de nacimiento* emitida por otro Estado de la Unión en el Registro Civil del Estado del que la menor es nacional (apdo. 39). Por tanto, deduce el TJUE del caso *Pancharevo* que el Derecho de la Unión se opone a que el Derecho interno de los Estados miembros añadan requisitos distintos para la emisión de los documentos necesarios para el tránsito.

Desde el momento que un Estado de la Unión reconoce el *estatuto de progenitor* el resto de los Estados miembros tienen que garantizar el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia en los términos de la Directiva (apdo. 40).

IV. Cuestiones jurídicas preliminares

1) La competencia estatal de concesión de la nacionalidad

8. Es un principio de Derecho internacional aplicado reiteradamente por el TJUE que es competencia de los Estados de la Unión la competencia para determinar los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad⁶. En *Pancharevo* no se cuestiona la nacionalidad búlgara de la menor, por nacimiento (apdo. 39) y en *K.S.-S.V.D.* la nacionalidad polaca de la menor no se cuestiona por el órgano remitente (apdo. 22).

El TJUE ha aplicado los artículos 20 y 21 TFUE sin duda alguna a los nacionales de los Estados miembros de la Unión⁷. De modo que se ha reconocido que el derecho a la libre circulación y de residencia se ostenta por las personas por el mero hecho de ostentar la nacionalidad de un Estado miembro, sin que sea necesario cumplir requisitos añadidos, como que la nacionalidad de un Estado miembro sea la nacionalidad efectiva⁸.

⁵ Al igual que hizo en el caso *Pancharevo*, M^a J., SÁNCHEZ CANO, “La libertad de circulación de personas a la luz de los nuevos modelos de familia. Una visión desde la sentencia *Pancharevo*”, *CDT*, Vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 1123-1233, concur. 1233.

⁶ STIJ 6 abril 1955, *Nottebohm*, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>

⁷ STJUE 2 octubre 2003, *García-Avelló*, C-148/02, apdo. 21, EU:C:2003:539; STJUE 8 marzo 2001, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, apdo. 40-43, EU:C:2011:124 y STJUE 2 marzo 2010, C135/08, *Rottmann*, apdo. 39, EU:C:2010:104.

⁸ STJUE 7 julio de 1992, *Micheletti*, C-369/90, apartado 10, EU:C:1992:295. No deben aplicarse, por tanto, las normas internas de los Estados miembros sobre la múltiple nacionalidad a los dobles nacionales en este ámbito.

Tampoco se requiere haber alcanzado una edad mínima para disponer de la capacidad necesaria para ejercitar, por sí mismo, dichos derechos para el caso de un recién nacido que solicitar la residencia en otro Estado miembro por tener ese derecho efectivo y directo a la residencia en otro Estado miembro⁹.

2) La situación debe estar comprendida en el ámbito del Derecho de la Unión

9. Ostentar la nacionalidad de un Estado miembro es requisito *sine qua non* para ser beneficiario de las libertades de circulación y residencia, pero no es condición suficiente para la aplicación del Derecho a la libre circulación. De modo que debe examinarse si la situación jurídica con elemento extranjero está sujeta a las libertades de circulación y residencia.

10. A diferencia del artículo 20 TFUE que se configura como el derecho a residir en el territorio de la Unión, el artículo 21 TFUE otorga el derecho de circulación¹⁰. En los supuestos en los que se ha planteado hasta ahora la libre circulación de certificados de nacimiento lo que está en juego es la libre circulación del artículo 21 TFUE y no el derecho de residencia como en el caso *Coman*.

Aunque no se deduce claramente de la literalidad del precepto, el artículo 21 TFUE regula un derecho distinto al de residencia. El derecho de circulación configurado en esta disposición implica el derecho a trasladarse desde un Estado miembro hacia otro Estado de la Unión. Por ello son contrarias a esta libertad las medidas de los Estados miembros que disuadan a un ciudadano de la Unión de salir del Estado miembro del que es nacional para ejercer su derecho de residencia en otro Estado miembro, también por la incertidumbre de si podrá volver a su Estado de origen¹¹.

Por tanto, esta libertad otorga el derecho a desplazarse y a residir de manera efectiva en un Estado miembro distinto de aquel del que es nacional y de volver al Estado origen¹². En los casos en los que se solicita el reconocimiento de la filiación constituida en el Estado de acogida -*Pancharevo* y *K.S.-S.V.D.*- las menores invocan este Derecho frente al Estado miembro de origen¹³. Aunque las menores ciudadanas de la Unión, nacidas en el Estado miembro de acogida de algún progenitor, nunca hayan ejercido su derecho a la libre circulación -porque no se han trasladado, no han cruzado la frontera- pueden invocar su Derecho a la libre circulación frente al Estado de origen¹⁴.

V. Configuración del derecho de circulación para los recién nacidos: el reconocimiento de la filiación

11. Para facilitar el ejercicio de las libertades de circulación y residencia el legislador europeo adoptó la Directiva 2004/38 sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y de sus familiares a circular y residir en la UE (Considerando 4)¹⁵.

⁹ STJUE 19 octubre 2004, *Zhu and Chen v. Secretary of State of the Home Department*, C-200/02, apdo. 20, EU:C:2004:639 y STJUE 2 octubre 2003, *García-Avelló*, C-148/02, apdo.21, EU:C:2003:539. Sobre el cambio que supuso el caso *Zhu and Chen* en la jurisprudencia del TJUE que ya no exigía el ejercicio de una actividad económica para ejercer el derecho de residencia en la Unión, C. BARNARD, *The substantive law of the EU: The four freedoms*, Oxford University Press, 2019, pág. 324.

¹⁰ STJUE de 8 marzo 2001, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, apdos. 40-43 y STJUE 2 marzo 2010, *Rottmann*, C135/08, apdo. 39, EU:C:2010:104.

¹¹ STJUE 2 octubre 2003, *García-Avelló*, C-148/02, apdo. 36, EU:C:2003:539 y STJUE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*, C-353/06, apdo. 25, EU:C:2008:559 y STJUE 5 junio 2018, *Coman*, C-672/16, apdo. 24, EU:C:2018:134.

¹² STJUE 5 junio 2018, *Coman*, C-673/16, apdo. 31, EU:C:2018:385.

¹³ Auto del TJUE 24 junio de 2022, *Rzecznik Praw Obywatelskich v K.S. y otros*, C-2/21, apdo. 36, EU:C:2022:502 y STJUE 14 diciembre de 2021, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, C-490/20, apdo. 42, EU:C:2021:1008.

¹⁴ *Ibidem*. Asimismo, STJUE 13 septiembre 2016, *Rendón Marín*, C165/14, apdos. 42 y 43, EU:C:2016:675 y STJUE 2 octubre 2019, *Bajratari*, C-93/18, apdo. 26, EU:C:2019:809 para el caso de los nacidos en Irlanda del Norte de progenitores con permiso de residencia en el Reino Unido.

¹⁵ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO L 229, de 29 de junio de 2004). Esta norma

Una de las previsiones de la Directiva para hacer posible el ejercicio del derecho consiste en obligar a los Estados miembros a expedir a sus ciudadanos, de acuerdo con su legislación, un documento de identidad o un pasaporte en el conste la nacionalidad (artículo 4.3 de la Directiva).

12. En *Pancharevo y K.S.-S.V.D.* el TJUE afirma que esta disposición de la Directiva obliga a las autoridades del Estado cuya nacionalidad ostentan las menores tienen la obligación de expedir un documento de identidad o un pasaporte donde conste su nacionalidad *tal y como resulta del certificado de nacimiento expedido por las autoridades* de otro Estado de la Unión¹⁶. El TJUE se basa en la jurisprudencia del caso *Grunkin y Paul* conforme a la que se consideró contrario a las libertades de circulación y residencia que un Estado miembro, en aplicación de su propio derecho interno, deniegue *el reconocimiento del apellido de un niño tal como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que ese niño nació y reside desde entonces*¹⁷.

13. Esta obligación de la Directiva no puede condicionarse al cumplimiento de otros requisitos como el de la obtención de un nuevo certificado de nacimiento¹⁸ o la inscripción de la certificación de nacimiento en el Registro Civil de en el Estado de acogida, que es el de la nacionalidad de la menor¹⁹. Se considera que con la obtención de dichos documentos los menores pueden ejercer su derecho a circular y residir libremente en el territorio de la Unión *con cada una de las dos madres cuyo estatuto como progenitor de ese menor haya sido reconocido por el Estado miembro de acogida de las progenitoras con motivo de una residencia conforme con la Directiva 2004/38*²⁰.

14. Esta obligación supone un reconocimiento implícito, al menos a los efectos de la aplicación de la Directiva 2004/38, de la relación de filiación biológica o jurídica con ambas madres constituida válidamente en otro Estado de la Unión. De la misma manera el TJUE había exigido el reconocimiento de relaciones conyugales constituidas válidamente en otro Estado miembro a los efectos de garantizar el ejercicio de las libertades de circulación y residencia en el caso *Coman*²¹.

El TJUE indica que la libertad de circulación otorga a los nacionales de un Estado miembro el derecho a «llevar una vida familiar normal tanto en su Estado miembro de acogida como en el Estado miembro del que son nacionales cuando regresen al territorio de este, disfrutando de la presencia a su lado de los miembros de su familia»²². Y este derecho obliga a los Estados miembros a reconocer a las que constan como madres en el certificado de nacimiento expedido a la menor «como progenitoras de una ciudadana de la Unión menor de edad bajo su guarda y custodia efectiva, el derecho a acompañar a la menor en el ejercicio de ese derecho»²³.

15. Los derechos de residencia y circulación del Tratado vienen a limitar la competencia estatal en materias relativas a la filiación o al matrimonio cuando sean de aplicación los artículos 20 y 21 TFUE. Aunque se trate de materias que el Derecho de la Unión reserva a los Estados miembros, el artículo 9 de la Carta garantiza el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia *según las leyes que regulen su ejercicio* de modo que el único modo de garantizar el ejercicio de las libertades de circulación y resi-

ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, BOE núm. 51, de 28 febrero 2007.

¹⁶ Auto del TJUE 24 junio 2022, *Rzecznik Praw Obywatelskich v K.S. y otros*, C-2/21, apdos. 37 y 38, EU:C:2022:502 y STJUE 14 diciembre 2021, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, C-490/20, apdo. 44, EU:C:2021:1008.

¹⁷ STJ 14 octubre 2008, *Grunkin y Paul*, C-353/06, apdo. 39, EU:C:2008:559.

¹⁸ STJUE 14 diciembre 2021, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, C-490/20, apdo. 45, EU:C:2021:1008.

¹⁹ Auto del TJUE 24 junio 2022, *Rzecznik Praw Obywatelskich v K.S. y otros*, C-2/21, apdo. 39, EU:C:2022:502.

²⁰ *Ibidem*, apdo. 40 y STJUE 14 diciembre 2021, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, C-490/20, apdo. 46, EU:C:2021:1008.

²¹ En ese caso se trataba de un matrimonio celebrado en Bélgica, Estado de acogida del ciudadano europeo, STJUE 5 junio 2018, *Coman*, C-673/16, apdos. 36-38, EU:C:2018:385.

²² STJUE 14 diciembre 2021, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, C-490/20, apdo. 47, EU:C:2021:1008.

²³ *Ibidem*, apdo. 48.

dencia del TFUE es mediante el reconocimiento del Estado civil establecido en un Estado miembro, *de acuerdo con sus leyes*²⁴. Solo reconociendo la condición de madre de una menor nacional de un Estado miembro ésta puede tener acceso al documento de identidad o pasaporte en el conste la nacionalidad en que conste como progenitora y ejercer su derecho a circular por el territorio de la Unión Europea con cada una de sus progenitoras.

VI. La justificación de la posible obstaculización de las libertades de circulación y residencia mediante medidas compatibles con la Carta

16. Las libertades de circulación y residencia, al igual que el resto de libertades reconocidas a los nacionales de los Estados miembro en el TFUE no son absolutas y la propia Directiva 2004/38 prevé posibles limitaciones por razones de orden público, seguridad o salud públicas (artículo 1, letra c).

En los casos en los que se ha planteado el reconocimiento de la filiación establecida en un Estado miembro en el resto de los Estados de la Unión el TJUE no ha analizado su posible restricción en aplicación de las limitaciones de la Directiva ya que se contemplan como limitaciones al derecho de entrada y de residencia (capítulo VI), derechos que no estaban en cuestión en los casos *-Pancharevo y K.S. -S.V.D.* – pero sí en *Coman*. La alegación del orden público por parte de los Estados miembros de origen de las menores para no reconocer la relación de filiación constituido por las autoridades de otro Estado de la Unión se ha resuelto mediante el recordatorio de dos ideas ya consagradas en la jurisprudencia del TJUE.

En primer lugar, los Estados miembros no tienen la facultad de determinar de manera unilateral el alcance del orden público, sino que éste y la pertinencia de su alegación están sometidos al control de las instituciones de la UE²⁵.

En segundo lugar, dado que el derecho a la ciudadanía de la UE está contenido en el Título V de la Carta de Derechos Fundamentales el TJUE considera que cualquier límite debe ser aplicado de manera restrictiva²⁶. De ello se deduce que el orden público como justificación de una restricción a la libertad de circulación o de residencia debe ser interpretado en sentido estricto²⁷. Así, el orden público no abarca «todas las normas imperativas del Derecho interno que los particulares deben cumplir sin excepciones»²⁸.

Como consecuencia de esta interpretación estricta su invocación solo es posible en caso de que exista *una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad*²⁹.

El TJUE indica que el reconocimiento de la filiación constituida en otro Estado de la Unión para garantizar la libre circulación un menor no exige que el Estado de acogida asuma en su ordenamiento jurídico la parentalidad de personas del mismo sexo ni que reconozca el vínculo de filiación entre el menor y las personas mencionadas como progenitoras en el certificado de nacimiento con fines distintos al ejercicio de su derecho a la libre circulación³⁰. Al igual que hizo en el caso *Coman*, el TJUE considera que el reconocimiento de la relación de familia constituida en otro Estado de la Unión, a los solos efectos del ejercicio de la libertad de circulación, no amenaza un interés fundamental de la sociedad en el Estado miembro de la nacionalidad de las menores. Esta limitación de los efectos del reconocimiento del vínculo de filiación justifica que el TJUE considere no se menoscaba la identidad nacional del Estado del reconocimiento aunque el principio de que una persona sólo puede tener un progenitor varón y otro mujer esté en la Constitución y en el Derecho de familia.

²⁴ *Ibidem* y STJUE 14 diciembre 2021, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, C-490/20, apdo. 52, EU:C:2021:1008.

²⁵ STJUE 22 diciembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, apdo. 86, EU:C:2010:806, STJUE de 2 junio 2016, *Bogendorff*, C-438/14, apdo. 67, EU:C:2016:401.

²⁶ P. CRAIG & G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, cases and Materials*, Oxford, University Press, 2020, p. 901.

²⁷ STJUE 5 junio 2018, *Coman*, C-672/16, apdo. 44, EU:C:2018:134.

²⁸ *Ibidem*, apdo. 88.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ STJUE 14 diciembre 2021, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, C-490/20, apdo. 57, EU:C:2021:1008 y Auto del TJUE 24 junio 2022, *Rzecznik Praw Obywatelskich v K.S. y otros*, C-2/21, apdo. 45, EU:C:2022:502.

17. En todo caso, el TJUE exige que la medida estatal que obstaculice las libertades de circulación y residencia sólo puede ser justificada si es conforme con los derechos fundamentales garantizados por la Carta³¹.

El TJUE se limita a indicar en *K.S. -S.V.D.* que la aplicación del Derecho polaco en virtud del cual un menor solo puede tener como progenitores un hombre y una mujer no garantizan la libre circulación y residencia de la menor (apdo. 22). El paralelismo del caso *Pancharevo* con *K.S. -S.V.D.* puede explicar el escaso razonamiento dedicado en la sentencia que resuelve el segundo sobre la posible justificación de la medida estatal polaca.

En el caso *K.S. -S.V.D.* la medida nacional de denegar la inscripción en el Registro Civil polaco podría vulnerar los derechos fundamentales contenidos en la Carta -derecho a la vida privada y familiar y derecho del niño a mantener de forma periódica relaciones personales con sus progenitores-. Sin embargo, el TJUE se limita a recordar a Polonia la obligación de expedir los documentos que hagan posible la libre circulación de la menor tal y como se establece en la Directiva 2004/38. En este caso, sin identificar cual es el objetivo pretendido por la legislación polaca, también en *Pancharevo*, el TJUE se remite a lo indicado en el caso *Coman*. Pero en esta última sentencia se confronta el concepto de cónyuge del Derecho nacional con el de la Directiva. El TJUE define el concepto de *cónyuge* del artículo 2.2 de la misma Directiva 2004/38 conforme al artículo 7 de la Carta que consagra el derecho a la vida familiar entendiendo que la relación que mantienen una pareja homosexual puede estar comprendida en el concepto de vida privada y familiar de la misma manera que lo hace una pareja heterosexual³².

18. Se asume por parte de los tribunales nacionales remitentes y del TJUE que la supuesta relación de filiación constituida en España otorga la nacionalidad a las menores y como consecuencia son beneficiarias directas de las libertades³³.

En realidad, el TJUE en el caso *K.S. -S.V.D.* se limita a *eurodepurar* la normativa nacional que vulnera la Carta europea de derechos fundamentales³⁴. El encargado del Registro Civil polaco no se plantea la ley aplicable a la filiación de la menor de nacionalidad polaca, sino que deniega la inscripción del certificado de nacimiento español por vulnerar el orden público nacional. Es decir, no reconoce la situación jurídica de filiación entre la mujer casada con la madre biológica de la menor creada en España.

19. El TJUE analiza en ambos asuntos si la medida nacional respeta los derechos al respeto de la vida privada y familiar del artículo 7 de la Carta y los derechos del niño del artículo 24. El primero implica el derecho a mantener relaciones personales periódicas con sus dos progenitoras³⁵. El segundo que integra los derechos del menor establecidos en la Convención sobre los Derechos del niño prohíbe la discriminación, también a causa de la orientación sexual de sus progenitoras³⁶. Concluye el TJUE, al igual que en el caso *Pancharevo*, que impedir u obstaculizar el derecho de la menor a tener relaciones con una de sus progenitoras en el ejercicio de su derecho a residir y circular entre los Estados miembros de la Unión contraría los artículos 7 y 24 de la Carta.

Parece, por lo que se indica en la sentencia del caso *K.S. -S.V.D.*, que el órgano jurisdiccional remitente no justifica la vulneración del orden público más allá de mencionar el artículo 18 de la Constitución polaca. Por lo que viene a confirmar que la forma en que se plantea la cuestión prejudicial por parte del órgano nacional remitente condiciona la respuesta que el TJUE da a la misma.

³¹ STJUE 14 diciembre 2021, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, C-490/20, apdo. 58, EU:C:2021:1008 y STJUE 5 junio 2018, *Coman*, C-673/16, apdo. 47, EU:C:2018:385.

³² STJUE 5 junio 2018, *Coman*, C-673/16, apdos. 49 y 50, EU:C:2018:385.

³³ Al igual que ocurre en el caso *Pancharevo*, 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, p. 5.

³⁴ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Tirant, 2022, pp. 227-244.

³⁵ Auto del TJUE 24 junio de 2022, *Rzecznik Praw Obywatelskich v K.S. y otros*, C-2/21, apdos 47 y 48, EU:C:2022:502.

³⁶ *Ibidem*, apdo. 50.

VII. A modo de recapitulación

20. El reconocimiento de la relación de filiación constituida en un Estado de la Unión, conforme a su normativa interna a los efectos de ejercer la libre circulación y residencia de un nacional de un Estado miembro en el resto de los Estados ha sido confirmado por el TJUE en los casos *Pancharevo* y *K.S.-S.V.D.* En ambos casos las autoridades de Bulgaria y Polonia, respectivamente, niegan a la expedición del certificado de nacimiento de una menor nacional nacida en España de un matrimonio homosexual.

21. El TJUE concluye que los Estados miembros deben otorgar efectos a los certificados de nacimiento expedidos por autoridades de otro Estado de la Unión a los solos efectos de otorgar los documentos necesarios para el ejercicio de las libertades de circulación y residencia tal y como establece el artículo 4.3 de la Directiva 2004/38. Esta es la interpretación que garantiza el respeto al derecho a la vida familiar y el interés superior del menor de la Carta en el ejercicio de las libertades de circulación y residencia del TFUE.

22. El TJUE, con el fin de no invadir competencias de los Estados de la Unión, niega que deba otorgarse efectos *erga omnes* a los certificados de nacimiento y, por tanto, reconocimiento pleno de la relación de filiación constituida en otro Estado miembro. Por tanto, considera que no está en cuestión la identidad nacional de los Estados miembros del artículo 4.2 del TFUE.

Esta sentencia no produce avance alguno en la interpretación del Derecho de la Unión y plantea dudas sobre la afirmación limitada a los solos efectos del ejercicio de las libertades de circulación en el sentido de que el fallo se sustenta en la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual de los progenitores, entonces, ¿Se permitirá en otros ámbitos de la vida de la menor alguna discriminación o aplicación de normas distintas por razón de la orientación sexual de sus progenitores?

La aplicación de esta jurisprudencia puede llevar a ciertos Estados a aplicar soluciones distintas a sus propios ciudadanos -expedición de pasaporte o documento nacional de identidad- en virtud del Estado de establecimiento de la filiación. Puede parecer que vamos hacia una homogeneización forzada de los principios fundamentales de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros que conforman su orden público en la que la Carta cumpliría una función de lignina dando fuerza y endureciendo las paredes de la estructura de la Unión.

Cláusulas de elección de foro en el Derecho Internacional Privado y condiciones generales incluidas en documentos comerciales emitidos unilateralmente: un análisis desde el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Miranda de Ebro, núm. 17/2022, de 21 de enero de 2022

Choice of court agreements under Private International Law and general terms and conditions within unilateral commercial documents: an analysis in light of the Resolution of the Civil and Criminal Court N° 2 of Miranda de Ebro, N° 17/2022, dated 21 January 2022

VÍCTOR JAVIER LANA ARCEIZ
Doctorando en Derecho (Universidad de Navarra)
Abogado de litigios y arbitrajes
ORCID ID: 0000-0002-3947-2983

JOSÉ LUIS PÉREZ DE AYALA BONELLI
Abogado de litigios y arbitrajes (Clifford Chance)
ORCID ID: 0000-0001-6293-2717

Recibido:02.12.2022 / Aceptado:18.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7578

Resumen: La inclusión de cláusulas de elección de foro en condiciones generales de contratación resulta problemática en la práctica: en ausencia de una aceptación expresa no es fácil determinar cuándo el comportamiento de las partes permite constatar su aceptación tácita. El problema gana complejidad cuando las condiciones generales de contratación se incluyen en documentos unilaterales (e.g., facturas, confirmaciones de pedido, etc.), emitidos en la dinámica comercial de las partes en un momento ulterior al de la expresión del consentimiento contractual. El presente artículo analiza estas cuestiones a la luz del Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Miranda de Ebro, de 21 de enero de 2022.

Palabras clave: Cláusulas de elección de foro, condiciones generales, documentos comerciales unilaterales, Convenio de Lugano.

Abstract: Choice of court agreements included within in general terms and conditions generally result in conflict in practice: in the absence of express acceptance, it is not easy to determine when the parties' conduct makes it possible to establish tacit acceptance. The problem becomes more complex when the general terms and conditions are part of unilateral documents (e.g. invoices, order confirma-

* Los autores agradecen la generosidad con que el Prof. Alberto Muñoz Fernández leyó y comentó este trabajo. Suyos son los aciertos que el lector pueda encontrar. Los errores, sólo nuestros.

tions, etc.), issued in the commercial dynamics of the parties at a later point in time than the expression of contractual consent. This article analyses these issues in light of the Resolution of the Civil and Criminal Court N° 2 of Miranda de Ebro, dated 21 January 2022.

Keywords: Choice of court agreements, general terms and conditions, unilateral commercial documents, Lugano Convention.

Sumario: I. Introducción. II. Resumen de la disputa resuelta por el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Miranda de Ebro, núm. 17/2022, de 21 de enero de 2022. 1. El marco contractual y la dinámica comercial entre las partes. 2. Pretensiones de la Actora. 3. Proposición de declinatoria internacional de competencia por la parte demandada y oposición del actor. III. La posibilidad de prorrogar la competencia judicial internacional en materia de agencia y distribución. IV. Documentos comerciales unilaterales y aceptación tácita de cláusulas de elección de fuero introducidas en condiciones generales que acompañan a los primeros. 1. Aproximación general a las cláusulas de sumisión expresa y su marco normativo europeo. 2. El aquietamiento puede suponer la aceptación de una cláusula de sumisión incluida en las condiciones generales de un documento unilateral. Conclusiones del Auto y comentario.

I. Introducción

1. El presente artículo tiene como base el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Miranda de Ebro, núm. 17/2022, de 21 de enero de 2022 (en adelante, el «**Auto**»). El Auto resuelve la declinatoria planteada en el marco de un contrato de distribución en exclusiva que, aparentemente, vinculaba a un empresario domiciliado en Suiza (el «**Empresario**» o la «**Demandada**») y a un distribuidor domiciliado en España (el «**Distribuidor**» o la «**Actora**») (conjuntamente, las «**Partes**»).

2. La controversia surgió tras la demanda del Distribuidor al Empresario, en reclamación de determinadas cantidades en concepto de indemnización. El problema se suscitó en torno a una cláusula de elección de foro que se encontraba no en el acuerdo que unía a las partes -aparentemente oral-, sino en determinados documentos unilaterales de naturaleza comercial que, de manera habitual y prolongada en el tiempo, el Empresario remitía al Distribuidor.

3. Toda vez que el Empresario demandado estaba domiciliado en Suiza, el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007, DOUE de 21 de diciembre de 2007 (en adelante, el «**Convenio de Lugano**») sirvió para determinar si los Tribunales escogidos por el actor para demandar -i.e., los de Miranda de Ebro- eran los correctos.

II. Resumen de la disputa resuelta por el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Miranda de Ebro, núm. 17/2022, de 21 de enero de 2022

4. Como hemos señalado, el Auto resuelve el debate jurisdiccional en el contexto de una disputa entre un Empresario suizo y un Distribuidor español. A fin de exponer la problemática jurídica que refleja el Auto, en el presente apartado explicaremos (i) el marco contractual de las Partes, (ii) las pretensiones que ejercitó la Actora en la Demanda, y (iii) la proposición de la declinatoria de competencia judicial internacional y la oposición a esta por parte de la Actora.

1. El marco contractual y la dinámica comercial entre las partes

5. En torno a 2011, las Partes acordaron que la Actora sería la encargada de distribuir los productos del Empresario en España de manera exclusiva. El Acuerdo de distribución se celebró de manera

oral, aunque existían correos entre las Partes que confirmaron su existencia. En adelante, el contrato de distribución será referido como el «**Acuerdo**». El Acuerdo tenía como objeto la distribución de una determinada resina industrial fabricada por el Empresario a través de la red del Distribuidor.

6. En lo que aquí interesa, no consta que las Partes sometieran dicho contrato a ningún fuero. Las Partes tampoco pactaron en el Acuerdo otros elementos básicos, tales como la extensión del contrato, las específicas obligaciones de cada Parte -el contrato de distribución es atípico-, las cantidades mínimas y/o máximas de venta anuales, lugar y momento de entrega de las mercancías, o la ley aplicable, entre otros.

7. Sobre esta base, la dinámica comercial en torno al Acuerdo giraba en torno a un modelo *on demand basis* o bajo demanda. Las entregas de resina se hacían de manera singular a través de solicitudes de compra (*purchase orders*) que el Distribuidor dirigía al Empresario. Este último, a modo de aceptación del nuevo pedido, dirigía al Distribuidor una confirmación de pedido (*order confirmation*) (en adelante, las «**Confirmaciones de Pedido**»).

8. Junto a las Confirmaciones de Pedido, el Empresario incluía sus términos y condiciones (en adelante, los «**Términos y Condiciones**»). Estos Términos y Condiciones regulaban las obligaciones de las Partes y tales como el lugar de entrega de los productos solicitados, la forma y el momento de pago, o la ley aplicable y el fuero. En concreto, los Términos y Condiciones en vigor al momento de la disputa señalaban que la ley aplicable sería la ley suiza, y que cualquier disputa entre las Partes debería resolverse ante los Tribunales de la ciudad de Zúrich.

9. Los Términos y Condiciones que se acompañaban con cada una de las Confirmaciones de Pedido contenía además una cláusula conocida como de *entire agreement*. Esta cláusula tenía el siguiente tenor literal:

«These Conditions supersede any and all prior oral and written quotations, communications, agreements and understandings of the parties in respect of the sale and delivery of the Goods and shall apply in preference to and supersede any and all terms and conditions of any order placed by Customer and any other terms and conditions submitted by Customer».

10. Como vemos, esta cláusula tenía vocación novatoria sobre los acuerdos que con anterioridad hubieran alcanzado las Partes.

11. La conclusión a la que parece llegar el Auto es que nos encontramos ante una relación comercial híbrida: el Acuerdo regulaba las condiciones que -escasamente- habían sido acordadas en materia de distribución, pero la relación comercial en su conjunto -incluyendo cada entrega específica de producto- se regía por los Términos y Condiciones incluidos en cada Confirmación de Pedido.

2. Pretensiones de la Actora

12. En 2021 surgió una disputa entre las Partes que condujo a la terminación del Acuerdo en los términos inicialmente pactados.

13. El Distribuidor, disconforme, presentó una demanda frente al Empresario. La Actora reclamaba una indemnización de aproximadamente 150.000 euros en concepto de clientela y daños y perjuicios por falta de preaviso. La demanda se formulaba al amparo de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, BOE de 29 de mayo de 1992 (en adelante, la «**LCA**»), pretendiendo una aplicación analógica de esta norma sobre el Acuerdo, que respondía a un acuerdo de distribución (en adelante, la «**Demanda**»).

14. En lo que aquí interesa, la Demanda se formuló ante los Juzgados del orden civil de Miranda de Ebro. La justificación de la Actora a la competencia judicial internacional fue que la resina debía ser entregada en España. Por tanto, con base en el artículo 5.1 del Convenio de Lugano¹, los tribunales españoles resultaban competentes a nivel internacional. El razonamiento fue que, en la medida en que las entregas debían hacerse en España, este se convertía en el lugar de cumplimiento de la obligación a efectos de determinar el foro.

15. Una vez dilucidado el problema de la competencia internacional, la Actora debía fijar la competencia territorial². Como hemos explicado anteriormente, la Actora consideraba que la LCA aplicaba analógicamente al Acuerdo. Por tanto, a juicio de la Actora, era de aplicación la Disposición Adicional Segunda de la LCA, que establecía que «La competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al Juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario».

16. Dado que el Distribuidor tenía su domicilio en Miranda de Ebro, los Juzgados competentes, en opinión de la Actora, eran los del orden civil de Miranda de Ebro.

3. Proposición de declinatoria internacional de competencia por la parte demandada y oposición del actor

17. Una vez recibida la Demanda en Suiza, la primera actuación procesal del Empresario fue proponer declinatoria por falta de competencia judicial internacional. En opinión de la Demandada, los Tribunales competentes para conocer de cualquier disputa en torno al Acuerdo eran los Tribunales de la ciudad de Zúrich, en Suiza.

18. Según el Empresario, las Partes se habían sometido expresamente a los Tribunales de Zúrich, tal y como se recogía en los Términos y Condiciones que adjuntaba a sus Confirmaciones de Pedido. Así, en la declinatoria, el Empresario puso de manifiesto la existencia de una cláusula de sumisión expresa incluida en aquellos. Los Términos y Condiciones se incluían, generalmente, junto con cada una de las Confirmaciones de Pedido que el Empresario había enviado al Distribuidor a lo largo de los 10 años de relación comercial que les vinculaba. Durante ese tiempo, el Distribuidor nunca había manifestado objeción alguna. El Empresario apuntó, igualmente, que el Distribuidor acusó recibo en múltiples ocasiones tras recibir dichas Confirmaciones de Pedido, sin que en ningún caso hubiera manifestado su desacuerdo con los Términos y Condiciones, en general, ni en particular con la cláusula de elección de foro.

19. La Demandada sostenía que, dado que existía una cláusula de sumisión expresa, ya no era aplicable el artículo 5 del Convenio de Lugano, sino su artículo 23. En consecuencia, los tribunales españoles debían abstenerse de conocer la disputa, pues su conocimiento era algo que competía a los tribunales de la ciudad de Zúrich.

20. La Actora planteó su oposición a la declinatoria esgrimiendo dos argumentos. Primero, alegó que la Demandada confundía dos relaciones distintas entre Empresario y Agente. Así, por un lado, las Partes habrían celebrado el Acuerdo. Aquí, el Distribuidor actuaba como distribuidor, donde adquiriría la resina industrial y posteriormente la vendía a los consumidores finales. Por otro lado, el Distribuidor,

¹ «Las personas domiciliadas en un Estado vinculado por el presente Convenio podrán ser demandadas en otro Estado vinculado por el presente Convenio: / 1) a) en materia contractual, ante los tribunales del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda; / b) a efectos de la presente disposición, salvo pacto en contrario, dicho lugar será: / — cuando se trate de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado vinculado por el presente Convenio en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías».

² Sin perjuicio de que el artículo 5.1 del Convenio de Lugano encierra también una norma de competencia territorial, no sólo internacional, como sucede con el artículo 7.1 del Reglamento de Bruselas I Bis.

esporádicamente, realizaba compras como usuario final, reguladas por los Términos y Condiciones, pero que nada tenían que ver con el Acuerdo. En consecuencia, nada tendrían que ver los Términos y Condiciones con el Acuerdo, ni habría habido un consentimiento válido por parte de del Distribuidor sobre la cláusula de sumisión.

21. En realidad, todas las ventas realizadas se hacían en el marco del Acuerdo, sin que se distinguiera otro uso que el propio de aquel: esto es, su distribución comercial en el territorio pactado en el Acuerdo.

22. Como argumento subsidiario, el Distribuidor alegó que sería de aplicación la Disposición Adicional Segunda de la LCA, que era imperativa, y conducía a que la competencia recayera únicamente en los Tribunales españoles.

23. Con estas posiciones encontradas sobre los Tribunales competentes para conocer de la disputa, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Miranda de Ebro resolvió mediante Auto, cuyas conclusiones serán expuestas en el Apartado E.

24. En los apartados III y IV siguientes, nos centraremos en la problemática que se deduce del Auto y de las posiciones mantenidas por las Partes. Abordaremos únicamente aquellas cuestiones que tienen interés desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado y fueron relevantes para las Partes, conscientes de que hay otros elementos de igual interés que tienen una naturaleza sustantiva. En particular analizaremos (III) la posibilidad de prorrogar la competencia judicial internacional en materia de agencia; y (IV) la posibilidad de que el silencio de una parte se equipare a su consentimiento sobre una cláusula de sumisión incluida en condiciones generales, específicamente, cuando tales condiciones se incluyen en documentos comerciales unilaterales posteriores a la relación contractual principal (*e.g.*, facturas, confirmaciones de compra o confirmaciones contractuales).

III. La posibilidad de prorrogar la competencia judicial internacional en materia de agencia y distribución

25. Como vemos, entre las Partes surgió un debate, si bien en el Auto tuvo carácter meramente tangencial, en torno al carácter dispositivo de la competencia judicial internacional en materia de agencia -y su reflejo en materia de distribución, por analogía-.

26. Por un lado, el Distribuidor argumentaba que la Disposición Adicional Segunda de la LCA³ era de aplicación analógica⁴, de naturaleza imperativa y no cabía pacto en contrario. Por tanto, los Tribunales españoles eran los únicos competentes para conocer del asunto.

27. Por su parte el Empresario explicó que la obligación impuesta por la Disposición Adicional Segunda de la LCA era aplicable sólo en el caso de que los Tribunales españoles tuvieran atribuida la competencia internacional, por ser exclusivamente una norma de competencia territorial. En ausencia de tal competencia judicial internacional, la Disposición Adicional Segunda quedaba extramuros del debate.

28. La cuestión planteada no es baladí: ¿cabe la sumisión expresa a tribunales extranjeros en materia de agencia, o la Disposición Adicional Segunda de la LCA es una norma imperativa que va más

³ «La competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al Juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario».

⁴ Al respecto, *Vid.* Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 697/2007, de 22 de junio de 2007 (RJ 2007\5427), donde nuestro Alto Tribunal explica la aplicación analógica de la LCA a los contratos de distribución en exclusiva de duración indefinida, y su naturaleza imperativa. También es de interés al respecto la Sentencia de la Sala de lo Civil Del Tribunal Supremo, núm. 886/2005, de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2005\7677).

allá de la competencia territorial, por encima incluso de la voluntad de las partes de someter la disputa a un tribunal que no sea español?⁵

29. La respuesta de nuestros tribunales, al menos por ahora, parece clara: la prohibición de pacto en contrario de la Disposición Adicional Segunda de la LCA se aplica en el caso de que la competencia internacional venga atribuida a los tribunales españoles, únicamente. Así lo señala, entre otros, el reciente Auto de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Madrid número 69/2021 de 11 marzo (JUR\2021\295042) en el que, en un caso muy similar al presente donde las partes habían pactado que fueran los Tribunales de Milán quienes conociesen del asunto, la Audiencia Provincial de Madrid admitió la declinatoria propuesta por el demandado:

«Estando pactado el fuero a los Tribunales de Milán, coincidente con el del domicilio del demandado, por aplicación de los fueros que se establecen en el Reglamento, la competencia para el conocimiento del asunto se establece a favor de los Tribunales de Milán. La anterior conclusión no se desvirtúa pro el hecho de que la Ley del contrato de agencia establezca un fuero imperativo en favor del domicilio del agente, pues claramente esta previsión es aplicable en los litigios internos».

30. El razonamiento de la Audiencia Provincial de Madrid se apoya en que la primacía del Derecho internacional se superpone a la regulación doméstica. En la medida en que el contrato de agencia -cabe extender el razonamiento al de distribución- no está expresamente regulado en ese plano, debe darse prioridad a los fueros que sí regula, entre los que se encuentra la sumisión de las partes en materia contractual. En sus palabras:

«[E]l art. 21 LOPJ establece que “los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los Tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas”, estableciendo la preferencia del derecho internacional y no estando recogida la materia (contrato de agencia internacional) entre aquella cuyo conocimiento exclusivo se reserva a los Tribunales Españoles (art. 22 LOPJ), debe estarse a los fueros del Reglamento nº 1215/2012, que da prevalencia a la sumisión de las partes, que, como se ha señalado en este caso es a los Tribunales de Milán»⁶.

31. A pesar de lo interesante del debate, el Auto no se detiene en analizar esta cuestión⁷.

⁵ Aunque huelgue señalarlo, nuestro planteamiento parte además de la siguiente premisa: la LCA trae causa de la transposición de la Directiva 86/653/CEE (DOCE núm. L-382/17, de 31 de diciembre de 1986). No obstante, tal norma no incluía reglas de carácter procesal. Por tanto, la Disposición Adicional Segunda de la LCA no constituye una disposición particular armonizada por un acto de la unión, a efectos del artículo 67 del Reglamento de Bruselas I Bis -sin que en principio tenga su impacto bajo el Convenio de Lugano-. *Vid.* F.J.GARCIMARTÍN ALFÉREZ/ M.VIRGÓS SORIANO, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Civitas, 2007, p. 298, donde se afirma que «la Directiva 86/653/CE sobre agentes comerciales independientes [...] no contiene reglas procesales y en particular una regla sobre la CJI, a diferencia de otras Directivas comunitarias».

⁶ En idéntico sentido, *Vid.* Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª, núm. 50/2019, de 15 de febrero (AC 2019\304), donde se afirma que «[e]n definitiva, la disposición adicional segunda de la Ley 12/1992 atribuye la competencia territorial en derecho interno, no pretendiendo distribuir la jurisdicción internacional, por lo que no resultaría aplicable a este caso en que interviene una parte extranjera. Lo contrario [...] supondría que cada Estado miembro de la Unión pudiera introducir restricciones a las cláusulas de sumisión de competencia en este tipo de contratos -de agencia- lo que nos llevaría a una clara desarmonización, pues podría dar lugar a la fijación en cada Estado miembro de diferentes criterios, que podrían llegar a ser contradictorios. Ciertamente, el legislador español puede establecer, al margen del derecho comunitario, aunque no contra el mismo, normas sobre competencia internacional, e incluso podría haberlo hecho en la Ley 12/1992, complementando la extensión y límites de la jurisdicción española a la que se refieren los artículos 21 y siguientes de la LOPJ, pero, de ser así, debería establecerlo de forma expresa e inequívoca, completando su propio sistema, y sin contradecir al derecho de la Unión».

⁷ Debate que, por otro lado, parece superado, al menos en parte. Los Prof. A.L.CALVO CARAVACA, J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Tratado de Derecho Internacional Privado», Tirant lo Blanch, 2020, p. 2532 señalan a este respecto que, «Aunque la jurisprudencia ha sido algo veleidosa al respecto, puede afirmarse hoy día que existe una posición prevalente de los tribunales españoles en favor de la tesis correcta que admite la sumisión expresa y tácita en relación con los contratos internacionales de agencia». A esta posición cabe añadir la del Prof. GARCIMARTÍN, que introduce un matiz. En F.J.GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, p. 188, se hace referencia a una sentencia del Tribunal supremo alemán, de 5 de septiembre de 2012, que concluyó que una cláusula de sumisión a favor de los tribunales de Virginia, en Estados Unidos de

IV. Documentos comerciales unilaterales y aceptación tácita de cláusulas de elección de fuero introducidas en condiciones generales que acompañan a los primeros

1. Aproximación general a las cláusulas de sumisión expresa y su marco normativo europeo

32. Las cláusulas de elección de foro aparecen reguladas en el artículo 25 del Reglamento Bruselas I Bis. Bajo el Convenio de Lugano⁸, en su artículo 23. Las condiciones de eficacia⁹ previstas por estas normas son, primero, que exista un acuerdo de sumisión; y, por otro, que dicho acuerdo reúna una determinada forma. El principio de separabilidad de estas cláusulas, además, conduce a que su validez sea independiente de la del contrato principal¹⁰.

33. En lo que respecta a la existencia del acuerdo, este término debe interpretarse de manera autónoma¹¹. Por su lado, la validez material del acuerdo atributivo, en fin, no parece regirse por los instrumentos de derecho internacional, sino que se trata de una cuestión que deberá resolverse conforme al derecho que resulte aplicable al negocio jurídico dentro del cual se incluya el acuerdo de elección. Esta es la solución sugerida por el artículo 25.1 del Reglamento de Bruselas I Bis que, matizando el artículo 23.1 de su antecesor de 2001, explicita que la validez material del acuerdo atributivo deberá resolverse conforme al derecho del Estado miembro designado para conocer el asunto¹². El Convenio de Lugano guarda silencio a este respecto, pero no encontramos argumentos para no considerar implícito en su regulación que, como sucede en el marco de los instrumentos europeos, la validez material se resuelva extramuros de las herramientas jurídicas de derecho internacional.

34. En lo que respecta a las exigencias formales, para poder concluir que una cláusula de prórroga de jurisdicción es válida bajo estas normas, deben concurrir los siguientes requisitos alternativos¹³:

América, dentro de un contrato de agencia en el que el agente era alemán y el principal norteamericano, resulta ineficaz. Y ello por cuanto aceptar su eficacia sería tanto como secuestrar a los agentes europeos de la protección que les ofrece la Directiva -en un plano material, entiéndase-. El Prof. GARCIMARTÍN apunta que tal razonamiento, no obstante, no cabría dentro de la UE. Queda abierta en todo caso la cuestión de si sería extensible a Suiza.

⁸ Al respecto, y en lo que nos afecta, puede resultar útil el comentario que bajo derecho suizo -incluyendo Lugano- se realiza sobre los acuerdos atributivos de competencia en E.HAAS, K.MACCABE, «Switzerland: Choice of Court Agreements According to the Code on Civil Procedure, the Private International Law Act and the Lugano Convention», en M.KEYES, (Ed.), *Optional Choice of court Agreements in Private International Law*, Springer Cham, 2020, pp. 369-386.

⁹ Requisitos que se han considerado absolutos, en el sentido de que los Estados miembros no pueden, mediante sus legislaciones nacionales, incrementarlos o reducirlos. Vid. D.HILL, *Private International Law*, Edinburgh University Press, 2014, p. 37.

¹⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: «Derecho Internacional Privado», Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, consultado en su versión electrónica: «Estas son condiciones mínimas y máximas: los Derechos nacionales no pueden añadir otros requisitos de eficacia (TJUE as. 159/97); además el régimen de estas cláusulas es independiente del régimen del resto del contrato (= principio de autonomía o separabilidad de la cláusula, vid. artículo 25.5); así, por ejemplo, si no se han cumplido las condiciones de forma del artículo 25, el contrato puede ser válido, pero la cláusula de elección de foro no (o viceversa)».

¹¹ Así se señaló por el TJUE, entre otras, en la Sentencia de su Sala Primera de 7 de febrero de 2013, dictada en el asunto *Refcomp* (C-543/10): «En cuanto al método de interpretación que debe privilegiarse a la vista de esas dos disposiciones, el Tribunal de Justicia, indicó, en el caso del artículo 17, párrafo primero, del Convenio de Bruselas, que, habida cuenta de los objetivos y del sistema general de este Convenio, interesa interpretar el concepto de «acuerdo atributivo de competencia» no como una simple remisión al Derecho interno de uno u otro de los Estados interesados, sino como un concepto autónomo (véase la sentencia de 10 de marzo de 1992, Powell Duffryn, C-214/89, Rec. p. I-1745, apartados 13 y 14)».

¹² Vid. a este respecto HILL, D.: «Private International Law», Edinburgh University Press, 2014, p. 37, donde podemos leer que «Matters of substantive validity (principally consent) are not currently addressed by the Regulation but under the recast Regulation such matters will be referred to the law of the courts of the Member State identified in the “choice of court” clause». También C.ROSENDE VILLAR, «Validez en el ámbito europeo de las cláusulas de elección de foro fijadas unilateralmente», en *La Ley Mercantil*, núm. 30, Wolters Kluwer, 2016, p. 2. Quien, en un criterio que compartimos, denuncia que dicha herramienta no dé respuesta a los problemas derivados de la fijación unilateral de las cláusulas atributivas. El problema radica en que en tales escenarios puede estar en juego la propia validez o existencia de la cláusula, lo que habrá de dirimirse conforme a las herramientas europeas (e internacionales, en su caso), no con base en los derechos de los estados miembros que conozcan de la disputa.

¹³ Que son condición necesaria para su validez. Calvo Caravaca y Carrascosa González se refieren a ellos como requisitos de «forma *ad solemnitatem*». Vid. A.LCALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Rapid, Murcia, 2021, p. 186.

- a) Que el acuerdo atributivo se celebre por escrito o verbalmente, pero con confirmación escrita.
- b) Que haya sido celebrado de forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas.
- c) En el contexto del comercio internacional, que la cláusula atributiva se celebre conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho contexto, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en sector comercial que se considere.

35. Como se ha dicho, «A choice of court agreement is a contract. Its conclusion, therefore, requires consent of the parties involved»¹⁴. La cuestión relativa al consentimiento está muy ligada a los aspectos formales de los acuerdos atributivos. Tanto es así que la teleología de los requisitos enunciados parece perseguir que el consentimiento sobre la sumisión a un determinado fuero haya quedado acreditado, bien expresamente -es el caso del apartado a)- o de forma tácita-como sucede en los apartados b) y c)-¹⁵.

36. Pues bien, ¿lo dicho hasta ahora se ve alterado por que la cláusula de elección de fuero se encuentre dentro de unas condiciones generales de contratación? Con carácter general, la respuesta debe ser que no. La regulación expuesta es de aplicación uniforme existan o no condiciones generales. No puede obviarse, sin embargo, que la dinámica comercial que lidia con condiciones generales trae consigo determinados escenarios que resultan problemáticos¹⁶. En particular -el supuesto analizado es buena prueba de ello- el uso de condiciones generales puede traer consigo contingencias relacionadas con la efectiva prestación del consentimiento en relación con las cláusulas atributivas.

2. El aquietamiento puede suponer la aceptación de una cláusula de sumisión incluida en las condiciones generales de un documento unilateral

37. Con carácter general, como hemos visto, los acuerdos atributivos de competencia que consienten en condiciones generales deberán cumplir los requisitos previstos en los artículos 25.1 del Reglamento de Bruselas I bis y 23.1 del Convenio de Lugano. A saber, deberá existir una aceptación expresa sobre aquellas o que el contrato principal contenga una remisión a dichas condiciones generales¹⁷; cuando, aún en ausencia de una aceptación -o remisión- expresa, la existencia de una cláusula de atribución constituye un hábito entre las partes; o, cuando la existencia de estas cláusulas suponga un uso que las partes conozcan o debieran conocer dentro del ámbito comercial en el que operan¹⁸.

¹⁴ K.HAAS/E. MACCABE, Switzerland: Choice of Court Agreements According to the Code on Civil Procedure, the Private International Law Act and the Lugano Convention», en KEYES, M. (Ed.), *Optional Choice of court Agreements in Private International Law*, Springer Cham, 2020, p. 373

¹⁵ Sentencia del TJUE, Sala 7ª, de 8 de marzo de 2018, dictada en el asunto *Saey Home & Garden* (C-64/17). Para un análisis detallado sobre la teleología de estas normas, *Vid.* MILLS, A., «Party Autonomy in Private International Law», Cambridge University Press, 2018, pp. 209-211.

¹⁶ Para un estudio sistemático de la tipología de cláusulas de elección de foro incluidas en condiciones generales, y sus distintos problemas a la luz de los pronunciamientos del TJUE y la jurisprudencia doméstica, *Vid.* C.ROSENDE VILLAR, «Validez en el ámbito europeo de las cláusulas de elección de foro fijadas unilateralmente», en *La Ley Mercantil*, núm. 30, Wolters Kluwer, 2016.

¹⁷ A este respecto, *Cfr.* la Sentencia del TJUE, Sala Segunda, de 7 de julio de 2016 en el asunto *Höszig* (C-222/15). En aquel caso el TJUE analizó una cláusula atributiva de competencia contenida en las condiciones generales de un contrato de arrendamiento de obra el cual, habiendo sido firmado por ambas partes, contenía una remisión expresa a dichas condiciones generales. La conclusión es que tal cláusula es válida sólo «para el supuesto de una remisión expresa, susceptible de control por una parte que actúe con una diligencia normal, y si se acredita que las condiciones generales que contenían la cláusula atributiva de competencia fueron efectivamente comunicadas a la otra parte contratante». Con anterioridad el TJUE había adoptado decisiones similares en sus Sentencias 14 de diciembre de 1976 en el caso *Estasis Saloti di Colzani*, de 16 de marzo de 1999 en el caso *Castelletti* (C-159/97), o de 20 de abril de 2016 en el caso *Profit Investment SIM* (C-366/13).

¹⁸ *Vid.* a este respecto la Sentencia del TJUE de 20 de febrero de 1997 en el asunto *MSG* (C-106/95), a la que nos referiremos en detalle más adelante.

38. Como hemos visto, las formas en que puede prestarse el consentimiento a un acuerdo de atribución pueden ser tanto explícitas como implícitas. Dentro de las segundas, el comportamiento de las partes en el marco de su relación comercial parece ser un elemento clave. Es lo que parece desprenderse, en concreto, del apartado b) de los artículos 25.1 del Reglamento de Bruselas I bis y 23.1 del Convenio de Lugano.

39. Este requisito parece estar pensando en un vínculo comercial que ha tenido una cierta extensión en el tiempo. Al menos, con la entidad suficiente como para poder hablar de *hábitos* entre las partes.

40. Volviendo al caso que nos ocupa, son muchas las preguntas que surgen a la luz de las normas y jurisprudencia expuestas. ¿Es válido en el tráfico mercantil internacional un convenio atributivo incluido en condiciones generales sobre las que no se ha prestado consentimiento expreso, sin que el Acuerdo marco se refiera a estas en ningún punto? ¿Puede considerarse un uso o hábito entre las partes la remisión de dichas condiciones generales junto a facturas o confirmaciones de compra? ¿Es posible que el aquietamiento prolongado, o la falta de oposición continuada, se consideren una válida aceptación tácita de aquellas? ¿Puede la ausencia de objeciones de una parte tener valor de consentimiento a estos efectos?

41. Como hemos señalado, la posición de partida del TJUE -que a estos efectos extendemos a la hermenéutica del Convenio de Lugano¹⁹- es que la exigencia de consentimiento escrito (*i.e.*, primera exigencia o alternativa formal) sólo se exceptúa cuando el contrato en cuestión contenga una remisión expresa a dichas condiciones generales. Ahora, ¿qué sucede cuando el contrato subyacente es verbal o no contiene dichas referencias? En tales casos el consentimiento tácito deberá responder, en fin, a un uso o costumbre existente entre las partes, o a uno propio de su sector que aquellas no puedan diligentemente ignorar²⁰.

42. Sobre esta base, el TJUE ha apuntado que, con carácter general, no puede considerarse válida la cláusula de sumisión que, en el marco de un contrato verbal, se incluía en las condiciones generales que acompañaban las facturas que una parte emitía sin que constase la firma de la contraria²¹. Esta afirmación del TJUE se hace con el *caveat* de que, junto al requisito de aceptación por escrito, una «cláusula atributiva de competencia puede también acordarse, respectivamente, en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas o en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer»²².

43. Y ello en la medida en que, con carácter general, «[e]l hecho de que el comprador no haga objeciones contra una confirmación, pronunciada unilateralmente por la otra parte, no tiene el valor de aceptación en lo que concierne a la cláusula atributiva de jurisdicción»²³. Es decir, el silencio o aquietamiento no parecen tener virtualidad suficiente para constituir un consentimiento tácito a efectos del

¹⁹ La interpretación del Convenio de Lugano compete al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de acuerdo con su Protocolo núm. 2.

²⁰ *Vid.* J.C.FERNÁNDEZ ROZAS/S.SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, consultada versión electrónica: «En consecuencia, se requiere una remisión expresa a las condiciones generales en los acuerdos negociados individualmente, susceptible de control por una parte que actúe con una diligencia normal, y el acceso o remisión efectiva de las condiciones generales que contenían la cláusula atributiva de competencia».

²¹ *Vid.* Sentencia del TJUE, Sala 7ª, de 8 de marzo de 2018, dictada en el asunto *Saey Home & Garden* (C-64/17), que tenía por objeto un contrato de concesión mercantil que «se celebró verbalmente, sin posterior confirmación escrita, y que las condiciones generales que contienen la cláusula atributiva de competencia solo se mencionaban en facturas emitidas por la parte demandada en el litigio principal». En el plano doméstico encontramos en esta línea el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sec. 1ª), núm. 26/2010, de 4 de febrero (RJ 2010\135394). En este caso se emitió una factura que acompañaba unas condiciones generales con sometimiento a los tribunales de Vigo. La Audiencia confirmó la decisión de la instancia anterior, señalando que la factura en cuyo reverso constaban las condiciones generales no constituye un contrato vinculante entre las partes. La Audiencia no entra a valorar si existía un uso entre las partes o en el tráfico que pudiera dar validez a la cláusula de sumisión en tales condiciones, sin que del Auto en cuestión se deduzca que tal extremo fuera objeto del debate procesal.

²² Sentencia del TJUE, Sala 7ª, de 8 de marzo de 2018, dictada en el asunto *Saey Home & Garden* (C-64/17).

²³ Así lo sostuvo el TJUE en su Sentencia de 14 de diciembre de 1976, dictada en el asunto *Seguora* (25/76).

apartado b) del artículo 25.1 del Reglamento de Bruselas I bis, conclusión que extendemos al artículo 23.1 del Convenio de Lugano.

44. Sentado lo anterior, también en opinión del Tribunal de Luxemburgo, hay determinados supuestos en que el aquietamiento de una parte ante convenios de selección de foro incluidos en cláusulas generales puede suponer su tácita aceptación, aun cuando el contrato principal prescinda de referencias a aquellas o este fuera verbal.

45. Entre los escenarios anteriores encontramos aquellos casos en que el envío de condiciones generales de tal modo se inserta en la dinámica comercial habitual de las partes²⁴. Por ejemplo, aquellos supuestos en que de manera recurrente la parte vendedora o el principal remite sin oposición, junto con la confirmación de compra o factura, unas condiciones generales con expresa atribución de foro. Piénsese en el nada infrecuente escenario en que una parte adjunta sus condiciones de contratación junto a una factura en el marco de un contrato de suministro, o -es nuestro supuesto- junto al documento de confirmación tras recibir una orden de compra o *purchase order*, bajo el marco de un contrato de tracto sucesivo como el de distribución.

46. Los supuestos anteriores, de acreditarse, podrían tener encaje en el apartado b) del artículo 25.1 del Reglamento de Bruselas I bis. Así, el silencio de una parte podría considerarse como aceptación de una cláusula de sumisión incluida en condiciones generales de contratación²⁵. Extendemos esta conclusión al artículo 23.1.b) del Convenio de Lugano. Es más, la doctrina confirma que, bajo el Convenio de Lugano, este requisito tiene en mente casos en los que las condiciones generales son enviadas tras la formación del contrato en supuestos como los descritos²⁶.

47. También se predica la validez formal de las cláusulas de sumisión cuando comportamientos como los anteriores pudieran constituir un uso dentro del ámbito comercial internacional en que operan las partes, siempre que las partes conocieran dicho uso o debieran haberlo conocido²⁷.

48. La existencia del uso en el tráfico y su conocimiento -o imposible ignorancia- por las partes deberá ser comprobada por el juez que conozca de la disputa²⁸.

²⁴ Así fue sostenido por la STJCE de 14 de diciembre de 1976, *Seguora* (25/76).

²⁵ F.JGARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, consultado en su versión electrónica: «Así, se puede considerar válidamente incorporada una cláusula incluida entre CG, si éstas regulan habitualmente las relaciones entre las partes: no son necesarias remisiones expresas en cada contrato, ni acuerdos verbales individualizados sobre la cláusula, ni entrega o puesta a disposición del texto. Si se dan esos presupuestos, el silencio de una parte puede considerarse como aceptación de la cláusula incluida entre las CG».

²⁶ E.HAAS/MACCABE, «Switzerland: Choice of Court Agreements According to the Code on Civil Procedure, the Private International Law Act and the Lugano Convention», en KEYES, M. (Ed.), *Optional Choice of court Agreements in Private International Law*, Springer Cham, 2020, p. 372, donde leemos que «This form requires a business relationship between the parties of a certain duration and intensity in which the parties have always concluded their contracts based on a specific choice of court agreement. This form of contract is mainly applicable in cases in which a party sends its general terms and conditions to the recipient after the conclusion of the contract (for example with the order confirmation or bill) and the recipient does not object».

²⁷ *Vid.* la Sentencia del TJUE de 20 de febrero de 1997 en el asunto *MSG* (C-106/95), a la que nos hemos referido antes. En ella se concluyó que «en el marco de un contrato que celebrado verbalmente en el comercio internacional, se entiende que se ha estipulado válidamente un convenio atributivo de competencia [...] como consecuencia de la falta de respuesta de la otra parte contratante a un escrito comercial de confirmación que su contraparte le hubiera enviado, o del pago reiterado y sin protesta de las facturas, cuando dichos documentos contengan una mención impresa que indique el fuero, si este comportamiento responde a un uso que rige en el ámbito comercial internacional en el que operan las partes interesadas y si estas últimas conocen dicho uso o debieran conocerlo». El caso versa, en síntesis, sobre daños sufridos en un buque que la cooperativa de transporte fluvial domiciliada en Würzburg había arrendado a una compañía domiciliada en Francia, a través de un contrato de fletamento celebrado verbalmente. En el supuesto, tras las negociaciones contractuales, la fletadora envió a la fletante un escrito comercial de confirmación en la que, entre otras cuestiones, se seleccionaba el fuero. Además, las facturas enviadas por la fletadora mencionaban directamente y mediante referencia a sus condiciones generales de contratación dicho fuero. La fletante no opuso reparo al escrito comercial de confirmación ni protestó ante las facturas con tales referencias, que pagó siempre sin objeción.

²⁸ *Ibidem*. Donde podemos leer que «Corresponde al juez nacional comprobar la existencia de dicho uso, así como que las

V. Conclusiones del Auto y comentario

49. El Auto, una vez expuesto el recorrido procesal del incidente de jurisdicción, expone la regulación española en materia de competencia judicial internacional. Su punto de partida es el artículo 21.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE de 2 de julio de 1985 («LOPJ») y el artículo 21.1 de la LEC. Sobre esta base, el Auto recuerda que los límites de la jurisdicción se determinarán con base en «lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte [y] en las normas de la Unión Europea».

50. A continuación, el Auto valora que el domicilio de la parte Actora radica en España, mientras que la Demandada está domiciliada en Suiza. Base, esta, sobre la cual el Auto resuelve que la competencia judicial internacional debe dirimirse con arreglo al Convenio de Lugano.

51. El juzgador constata que el artículo 2.1 del Convenio de Lugano fija como fuero general el domicilio del demandado, con independencia de su nacionalidad. A ello añade que el artículo 5.1.a), de aplicación en materia contractual, establece como fuero adicional el del lugar en que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que constituya la base de la Demanda. Ahora, el Juzgado constata la existencia de un acuerdo de sumisión entre las Partes. Ante este escenario, las previsiones respectivas a la prórroga de competencia que se recogen en el artículo 23.1 del Convenio de Lugano se deben aplicar de manera preferente a los fueros genéricos, general y alternativo, de los artículos 2.1 y 5.1.a) de este texto.

52. Sentado lo anterior, la conclusión del Auto es que los Tribunales del Reino de España carecen de competencia judicial internacional toda vez que entre las Partes existe un pacto de sumisión válido a favor de los Tribunales de Zúrich, en Suiza. La cláusula de sumisión desplegaba su alcance sobre cualquier disputa entre las partes en relación con las Confirmaciones de Pedido, los Términos y Condiciones, o que estuvieran relacionados con ellos. Para el Auto parece claro que la terminación del Acuerdo se veía comprendida dentro de la cláusula de sumisión, sin que esta cuestión suscitase al juzgador mayores dudas en relación con la cláusula de elección de fuero²⁹.

53. El Auto sienta sus conclusiones sobre el apartado a) del señalado artículo 23.1 del Convenio de Lugano, sobre la base del acuerdo atributivo de competencia entre Distribuidor y Empresario se ha celebrado por escrito. En nuestra opinión, aunque el resultado es el materialmente correcto (*i.e.*, la falta de competencia judicial internacional de los Tribunales españoles), creemos que habría sido más preciso adoptar tal decisión sobre el apartado b) del mismo artículo.

partes contratantes tengan conocimiento del mismo. Existe un uso en un sector del comercio internacional cuando, en particular, las partes contratantes que operan en dicho sector siguen generalmente un comportamiento determinado al celebrar cierta clase de contratos. El conocimiento de dicho uso por las partes contratantes queda acreditado cuando, en particular, hubieren entablado con anterioridad relaciones comerciales entre ellas o con otras partes que operen en el sector comercial de que se trate o cuando, en dicho sector, se siga un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos, de modo que pueda considerarse una práctica consolidada». Al respecto del alcance de los usos comerciales a estos efectos, *Vid.* también las Sentencias del TJUE de 20 de abril de 2016, en el asunto *Profit Investment SIM* (C-366/13) y de 16 de marzo de 1999, en el asunto *Castelletti* (C-159/97). Desde la óptica doméstica, también es de interés la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 804/2007, de 5 de julio (RJ 2007\5431).

²⁹ Se hace aquí preciso recordar que tanto el artículo 23.1 del Convenio de Lugano como el 25.1 del Reglamento de Bruselas I Bis apelan a que la cláusula de sumisión ha de referirse a una *determinada relación jurídica*. Como se señaló en la STJCE de 10 de marzo de 1992, *Powell Duffryn*, C-214/89, este requisito «tiene por objeto limitar el alcance de un acuerdo atributivo de competencia tan sólo a las controversias que traigan causa de la relación jurídica con respecto a la cual se pacta dicho acuerdo. Su objetivo consiste en evitar que una parte contratante resulte sorprendida por la atribución a un foro determinado de todas las controversias que puedan darse en las relaciones que mantiene con la otra parte contratante y que puedan derivar de relaciones distintas de aquéllas con motivo de las cuales se pactó el acuerdo sobre la atribución de competencia». A este respecto debe tenerse en cuenta que lo relevante es la naturaleza de las acciones, no los argumentos y su formulación por las partes, «It is the substance of the claim that is relevant for this purpose, not the way in which it is formulated». *Vid.* VAN CALSTER, G.: «European Private International Law. Commercial litigation in the EU», Hart, Oxford, 2021, p. 135). *Vid.* también MAGNUS, U.: «Prorogation of jurisdiction», en U.MAGNUS/P.MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, Sellier European Law Publishers, 2012, pp. 468-469.

54. Si bien el pacto de sumisión consta por escrito en los Términos y Condiciones, de la dinámica comercial de las Partes y de los hechos no parece desprenderse la existencia de un «por escrito o verbalmente con confirmación escrita», en el sentido del apartado a) del artículo 23.1 del Convenio de Lugano³⁰. Sí que se desprende una dinámica comercial que, prolongada durante aproximadamente 10 años de relación contractual, parece permitir concluir la existencia de un uso, hábito o costumbre que dé validez formal a la cláusula de sumisión, hasta poder considerarla por la Actora de manera tácita.

55. Lo relevante, por tanto, parece ser el silencio o aquietamiento prolongados ante esta tipología de acuerdos. Esto es, la ausencia de cualquier protesta en torno a la cláusula de sumisión, contenida en los Términos y Condiciones que el primero remitía al segundo con las Confirmaciones de Pedido, que permite su equiparación a la aceptación tácita de aquella.

56. La anterior conclusión es coherente con la jurisprudencia y doctrina que da carta de naturaleza a las cláusulas de sumisión remitidas en documentos elaborados de forma unilateral y posterior al contrato, sea este escrito o verbal. De ahí que, aunque consideremos que el supuesto habría sido resuelto con mejor técnica jurídica bajo el apartado b) del artículo 23.1 del Convenio de Lugano, estemos de acuerdo con su conclusión: los Tribunales españoles carecían de competencia en el asunto, toda vez que existía un acuerdo de sumisión válido a los Tribunales suizos.

57. Del Auto se desprende, además, que el Juzgado solicitó del Ministerio Fiscal la emisión de un informe al respecto de la posible falta de competencia. Las conclusiones del Ministerio fueron favorables a la tesis del Demandado, en el sentido de que existía sumisión válida a favor de los Tribunales suizos.

58. Por último, el Auto no entra a valorar los argumentos *ex LCA*. Entendemos que se debe a que, una vez dirimida la competencia judicial internacional, el debate sobre este extremo quedó vacío. Al ser una norma de competencia territorial, exclusivamente, una vez resuelta la competencia de los Tribunales suizos para conocer de la disputa, parece innecesario abundar en tal cuestión³¹.

³⁰ Al respecto de cuándo existe un acuerdo por escrito o verbalmente con confirmación escrita, *Vid.* el análisis en profundidad contenido en MAGNUS, U.: «Prorogation of jurisdiction», en MAGNUS, U., MANKOWSKI, P., *Brussels I Regulation*, Sellier European Law Publishers, 2012, pp. 481-489. Fuera de supuestos como el que nos ocupa, donde hay un claro uso o práctica entre las partes, con carácter general «*A jurisdiction agreement satisfies the form of 'writing' as required by Art. 23 (1) (a) if both (and if more, all) parties have expressed their consent to a specific jurisdiction clause in written and authorised form [...]. The ECJ has developed a body of specific rules for the incorporation which in essence are based on the following principle: jurisdiction clauses are validly incorporated into a written contract and hence validly agreed upon only if the other party has clearly indicated that the contract terms – with the jurisdiction clause – should apply and if the other party had the reasonable chance to check the terms and the clause.* 280 *Qualifications to this principle with less strict form requirements are provided for in Art. 23 (1) (b) and (c)*» (*ibid.*, pp. 481-482). *Vid.* también A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 2541-2545.

³¹ *Cfr.* sección III *supra*.

Ley aplicable a la validez formal y material de la declaración de renuncia a la herencia en el Reglamento europeo 650/2012 sobre sucesiones

Law applicable to the formal and substantive validity of the declaration concerning the waiver of succession in the Regulation 650/2012

NEREA MAGALLÓN ELÓSEGUI
Profesora Investigadora Ramón y Cajal
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)
ORCID ID: 0000-0003-3994-049X

Recibido:16.11.2022 / Aceptado:28.12.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7579

Resumen: La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de junio de 2022, en el asunto C-617/20, gira en torno a la validez de la declaración relativa a la renuncia a la herencia realizada ante el Tribunal de residencia del declarante. La cuestión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 13 y 28 del Reglamento de sucesiones; y el debate se centra en si, para considerar válida la comunicación al Tribunal del procedimiento sucesorio de la declaración de renuncia realizada en el Estado miembro de la residencia del declarante, de conformidad con los requisitos de la ley de ese lugar, es necesario cumplir con los requisitos formales establecidos en la ley de la sucesión a tenor del Considerando 32 del Reglamento.

Palabras clave: Derecho Internacional Privado, Reglamento de sucesiones, art. 13 y 28, ley aplicable, renuncia a la herencia, validez formal, validez material, efectos de documentos extranjeros.

Abstract: The judgment of the Court of Justice of the European Union of 2 June 2022 in Case C-617/20 concerns the validity of the declaration concerning the waiver of succession made before the court of the Member State in which that heir has his or her habitual residence. This request for preliminary ruling concerns the interpretation of Articles 13 and 28 of Regulation (EU) No 650/2012. The debate focuses on whether, in order to be considered valid, the communication of the declaration made in the Member State of the declarant's residence, in accordance with the requirements of the law of that place must, it is necessary comply with the formal requirements laid down in the law of the succession, within the meaning of Recital 32 of Regulation.

Keywords: International Private Law, Regulation (UE) 650/12, applicable law; substantive validity, formal validity, waiver of succession.

Sumario: I. Introducción: La STJUE en el as. C -617/20 y cómo simplificar la vida de los herederos que residan en un Estado distinto al de la última residencia habitual del causante. II. La validez formal de la declaración relativa a la renuncia de una herencia en el Reglamento 650/20. III. La comunicación y los plazos para realizar la declaración relativa a la renuncia. IV. ¿Requisitos de validez o requisitos de eficacia?

I. Introducción: la STJUE en el as. C -617/20 y cómo simplificar la vida de los herederos que residen en un Estado distinto al de la última residencia habitual del causante

1. En las sucesiones que presentan un carácter internacional la posibilidad de que el causante, sus herederos o los bienes que componen la sucesión se encuentren en distintos Estados comporta la necesidad de coordinar todas las cuestiones que envuelven la organización de la sucesión *mortis causa* que pueden estar repartidas por varios lugares. El Reglamento de sucesiones 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 ¹ (Reglamento de sucesiones) se dirige, precisamente, a facilitar la organización de la sucesión a nivel europeo con el objetivo de suprimir los obstáculos a la libre circulación que se pueden encontrar aquellos que quieren hacer valer sus derechos en el seno de una sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas.

2. Con este objetivo y de cara a simplificar la vida de los herederos o legatarios que residen habitualmente en un Estado distinto al del lugar donde se va a desarrollar el proceso sucesorio, el Reglamento de sucesiones abre la posibilidad de que cualquier persona que, según la ley aplicable a la sucesión, pueda realizar declaraciones relativas a la aceptación de la sucesión, de un legado o de una legítima o a la renuncia a los mismos, o relativas a la limitación de su responsabilidad en relación con el pasivo de la herencia, lo haga en el Estado miembro de su residencia y de acuerdo a la forma prevista por la legislación de ese lugar.

3. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE , de 2 de junio, en el asunto C-617/20, objeto del presente comentario, se enfrenta a una situación de este tipo, derivada de la solicitud ante el Tribunal de lo Civil y Penal de Bremen, Alemania (*Amtsgericht Bremen*) para pronunciarse y emitir un certificado sucesorio de sucesión *ab intestato* del causante nacional neerlandés con ultima residencia habitual en Alemania, a cuya mujer le correspondía heredar las tres cuartas partes de la herencia, mientras a dos sobrinos, residentes en Países Bajos, un octavo a cada uno.

4. El 19 de junio de 2019, el Tribunal de Bremen informó a los sobrinos de la tramitación del procedimiento sucesorio que, el 13 de septiembre de 2019, formularon declaración relativa a la renuncia de la herencia ante el Tribunal de Primera Instancia de La Haya, Países Bajos, (*rechtbank Den Haag*) e inscrita en el Registro de sucesiones por dicho Tribunal.

5. El 13 de diciembre de 2019 los sobrinos del causante notificaron y transmitieron al Tribunal de Bremen un escrito en neerlandés con copia de las actas extendidas por el Tribunal holandés sobre su renuncia que fue rechazado por ausencia de traducción al alemán. A partir de este momento, se ocasionaron una serie de decisiones encontradas entre los herederos y el Tribunal alemán de Bremen que giran en torno a los requisitos de forma que debería haber revestido dicha declaración con las actas de renuncia (II) y los plazos que ha de cumplir su notificación para que sea admitida la renuncia de los herederos (III). Las dudas giran en torno al carácter que vamos a otorgar a la obligación de informar al Tribunal alemán de los herederos y, el debate de fondo, se encuentra en si los plazos previstos en la ley de la sucesión para realizar dicha información se pueden encuadrar en los requisitos de validez formal (IV).

II. La validez formal de la declaración relativa a la renuncia de una herencia en el Reglamento 650/20

6. La primera de las cuestiones que ocupa la decisión del Tribunal de Justicia parece girar en torno a cuáles son los requisitos formales que debe revestir la declaración de renuncia en tanto el Tribunal

¹ Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, a la aceptación y la ejecución de documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo DO 2012, L201.

alemán de Bremen exige a los herederos, en primer lugar, la traducción del escrito y, en segundo lugar, los originales de las actas. De hecho, rechazada la comunicación inicial en neerlandés, el 15 de enero los beneficiarios de la herencia presentaron otro escrito, esta vez en alemán, alegando que las actas no hacía falta traducirlas, pero tampoco fue aceptado por el Tribunal alemán que emitió resolución para expedir el certificado sucesorio omitiendo la renuncia y considerando que los sobrinos habían aceptado la herencia.

7. Como vemos los renunciantes, en un inicio, consideraron suficiente aportar la fotocopia de las actas sin traducir, ni siquiera, el escrito de presentación. Posteriormente, tradujeron el escrito de presentación y proporcionaron fotocopias en color de las actas, pero tampoco fueron aceptadas por el Tribunal alemán por no entregar los originales. Para cuando entregaron los originales de las actas, el 17 de agosto de 2020, los plazos para presentar la renuncia, según el Tribunal alemán, habían caducado y como consecuencia su renuncia no causaba efectos.

8. Aparentemente, tal y como están planteadas las tres cuestiones prejudiciales interpuestas por el tribunal remitente, nos encontramos ante un problema inicial de validez de la declaración relativa a la renuncia de una herencia que depende de la de interpretación de los artículos 13 y 28 b) del Reglamento de sucesiones. Dentro del ámbito de la validez deberemos diferenciar entre la validez formal de la declaración relativa a la renuncia emitida ante un tribunal distinto al que conoce el proceso sucesorio y la validez material de dicha declaración². De hecho, la heterogeneidad de los requisitos exigidos conforme a las distintas leyes aplicables según el Reglamento de sucesiones se refleja, incluso, a la hora de calificarlos para subsumirlos dentro de un tipo de validez u otra, creando cierta confusión sobre si los problemas de validez que se están debatiendo en el presente caso se integran en la validez formal o material de la declaración. Las dificultades se incrementan cuando el ordenamiento aplicable a la validez formal de la declaración difiere del ordenamiento aplicable a la validez material y la cuestión se encuentra en si declaración debe cumplir los requisitos contemplados en ambos ordenamientos.

9. El artículo 13 del Reglamento de sucesiones señala que, aunque el tribunal competente para resolver la sucesión sea el de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento -en nuestro supuesto Alemania- además, será competente para conocer la declaración relativa a la renuncia los tribunales de los Estados miembro de la residencia habitual de un heredero o futuro titular de la herencia. Con el objetivo de facilitar la vida de los herederos y legatarios que residen habitualmente en un lugar distinto al del lugar donde se desarrolla el proceso sucesorio, se les otorga la posibilidad de realizar la declaración de renuncia en los Países Bajos por ser su lugar de residencia, a pesar de que el proceso sucesorio se desarrolla en Alemania. De esta forma, se facilita el acceso a la herencia de los beneficiarios llamados a la misma, pero se complica la liquidación de la sucesión y la labor de las autoridades encargadas que no deben obviar las declaraciones emitidas en otros Estados miembros.

10. Por su parte, el artículo 28 del Reglamento de sucesiones regula la ley aplicable a la validez formal de la declaración relativa a la aceptación o a la renuncia de la herencia, de un legado o de la legítima, que será válida en cuanto a la forma cuando reúna los requisitos de la ley aplicable a la sucesión o de la ley del Estado en el que el declarante tenga su residencia habitual, convirtiéndose en un ejemplo más del potencial fraccionamiento de la ley aplicable a la sucesión que observamos en la aplicación del Reglamento de sucesiones³. El artículo 28 prolonga el *favor negotii* a los requisitos formales de las de-

² A. Bonomi y P. Wautelet, "Article 13", *Le droit européen des successions*, 2.ed. Bruylant, Bruselas, 2016, p. 258.

³ N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, "El Reglamento europeo de sucesiones y la ley aplicable a las disposiciones testamentarias: la legítima y la preterición", *AEDIPr.*, t. XIX-XX, pp. 363-389. El propio Reglamento, al establecer normas específicas para las disposiciones por causa de muerte y para la sucesión intestada, extrayéndolas del régimen general contenido en los arts. 21 y 22, da cabida a un potencial fraccionamiento. También se produce un potencial fraccionamiento debido a la existencia de disposiciones relativas al nombramiento y las facultades del administrador de la sucesión (art. 29), los bienes sometidos a un régimen de atribución preferente (art. 31), o el derecho soberano del Estado de ocupar bienes vacantes que se encuentran en su territorio (art. 33); además prescribe la adaptación de los derechos reales desconocidos de la *lex rei sitae* (art. 31), y dicta una regla material para el supuesto de los conmorientes (art. 32).

claraciones de los beneficiarios de la herencia mediante dos conexiones alternativas bajo las que subyace el principio *locus regim actum*⁴. El objetivo de la norma es facilitar la declaración al heredero o legatario que acude ante el Tribunal de su residencia permitiéndole participar en la herencia con una declaración que no tenga que ajustarse a unos requisitos formales ajenos o distintos a los de dicho lugar. De esta forma, en una conjunción de los artículos 13 y 18 del Reglamento de sucesiones, la norma otorga a los beneficiarios de la herencia la posibilidad de realizar la declaración ante los tribunales de su residencia habitual y de conformidad con la ley de ese lugar.

11. El artículo 28 del Reglamento establece las condiciones que debe cumplir la declaración, que deberá hacerse ante un juez o ante otro tipo de autoridad que sea competente en virtud del Derecho nacional (Considerando 32). En primer lugar, es menester subrayar que únicamente se refiere a los requisitos “formales” de la declaración efectuada por los herederos o legatarios y, por tanto, no puede aplicarse a los requisitos sustanciales, ni a los efectos que vayan a tener⁵. Las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado se determinarán, en tanto requisitos de validez material, por la ley sucesoria (art. 23.2 e) Reglamento sucesiones).

12. Quedan fuera de las cuestiones formales integradas en el artículo 28 del Reglamento de sucesiones aquellas relativas a la titularidad de la opción, el consentimiento y la capacidad del heredero para efectuar la declaración, los efectos de la opción y su carácter revocable o irrevocable⁶. Ahora bien, como observamos en la Sentencia del Tribunal de Justicia objeto de este comentario existen dudas sobre si los plazos en los que debe realizarse la declaración se integran en las cuestiones de forma y, por tanto, en el ámbito de aplicación de la ley de la residencia del declarante, o en las cuestiones sustantivas sometidas a la ley de la sucesión. Se trata de una cuestión de calificación que, como establece el Abogado General Sr Maciej Szpunar en el apartado 51 de sus Conclusiones presentadas el 20 de enero de 2022⁷, a falta de una remisión expresa, debe realizarse de forma autónoma siendo el alcance de los elementos que tengan por objeto la validez material y la validez formal del acto jurídico una cuestión de interpretación del Reglamento y no de los Tribunales nacionales, pero analizaremos esta cuestión más adelante.

13. De todo ello, podemos extraer que la forma de realizar las actuaciones dirigidas a manifestar la voluntad de renuncia a la herencia de los herederos se traduce en una serie de elementos de validez formal y como tales deberán ajustarse a los requisitos estipulados ante el Tribunal de la residencia habitual que se erige en Tribunal competente cuando se le haya solicitado la recepción de una declaración conforme al artículo 13 del Reglamento de sucesiones. De esta forma, la persona llamada a la sucesión, al solicitar la recepción de una declaración relativa a la renuncia de la herencia ante el Tribunal del Estado de su residencia habitual, debe tener la seguridad de que la validez formal del acto realizado ante ese tribunal no estará condicionada por los requisitos formales establecidos en la ley aplicable a la sucesión, tal y como establece el Abogado general⁸. La validez formal de esa declaración estará sometida únicamente a la ley del lugar de celebración del acto, de lo contrario, estaríamos complicando y no facilitando la labor de los herederos no residentes en el Estado de la última residencia habitual del causante (Apartado 45 de la Sentencia).

14. A pesar de lo anterior, para el Tribunal alemán de Bremen la declaración relativa a la renuncia de la herencia efectuada por los herederos en los Países Bajos no se considera válida porque debería haberse presentado traducida al alemán y acompañada por las actas originales del Tribunal holandés (y finalmente se hizo fuera de plazo) y como consecuencia estima que los herederos han aceptado la herencia.

⁴ A. BONOMI, P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) 650, de 4 de julio de 2012*, Thomson-Reuters, Aranzadi, Cizur Menos, 2015, p. 375.

⁵ A. BONOMI, P. WAUTELET, *El Derecho europeo...op.cit.*, pp. 379-378.

⁶ A. BONOMI, P. WAUTELET, “Article 28. Validité quant à la forme de la declaration concernante a la a l’acceptation”, en *Le droit européen...op.cit.*, p. 478.

⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, de 20 de enero de 2022, As. C-617/20, TN, N.N, contra E.G.

⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, de 20 de enero de 2022, As. C-617/20, TN, N.N, contra E.G.

Conforme al Código civil alemán, la renuncia a la herencia se formalizará mediante una declaración presentada al tribunal sucesorio que, en virtud, del artículo 184 de la Ley del poder judicial alemana (Gerichtsverfassungsgesetz) deberá presentarse en alemán como idioma oficial. Sin embargo, debemos recordar que la posibilidad de realizar la declaración de aceptación o de renuncia ante el tribunal de su residencia está dirigida a facilitar la tarea de los herederos y legatarios (Considerando 32) y, en ese sentido, la eficacia de la declaración de renuncia y los derechos que confiere no pueden depender de la exigencia de nuevos requisitos de validez formal y, por tanto, no debería haber sido rechazada por el tribunal alemán.

15. El Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Bremen (*Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen*), tribunal remitente, plantea una primera cuestión prejudicial en la que se pregunta si la declaración realizada por el heredero ante el Tribunal de su residencia habitual se considera válida con arreglo a los requisitos allí vigentes, y desde el momento en que se realiza desplaza y sustituye a la que ha de presentarse al tribunal de otro Estado miembro que es competente para pronunciarse en la sucesión. La respuesta emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión a este respecto contesta solo parcialmente a las cuestiones del Tribunal remitente y, a través de una respuesta única, establece que los artículos 13 y 28 del Reglamento de sucesiones deben interpretarse en el sentido de que los únicos requisitos formales que deberá cumplir la declaración relativa a la renuncia de la herencia realizada por un heredero ante el Tribunal de su residencia serán los de la ley de ese lugar. En definitiva, atendiendo a ambos y según lo establecido, podemos concluir que la declaración realizada ante el Tribunal del lugar de residencia del heredero de conformidad a los requisitos formales allí exigidos es válida y suficiente para comportar su renuncia a la herencia y, por tanto, no se requiere ninguna otra declaración al respecto.

II. La comunicación y los plazos para realizar la declaración relativa a la renuncia

16. Ahora bien, a pesar de lo dicho con anterioridad, es menester subrayar que las declaraciones de un heredero, ya sean de aceptación o de renuncia de la herencia, comportan la aceptación, o no, de una serie de derechos y obligaciones, en calidad de futuro titular de la herencia, afectan a terceros y esa es la razón por la que deben revestir una serie de requisitos de validez en aras a garantizar su protección. En efecto, se trata de formalidades declarativas que deben ser conocidas por terceros. Las exigencias de seguridad jurídica y de protección de los acreedores nos llevan a introducir ciertos requisitos especiales relativos a la forma, como la necesaria intervención de un juez o autoridad pública, pero también a que se fije un plazo legal para que los herederos realicen las oportunas declaraciones. En la mayoría de los ordenamientos la falta de aceptación o renuncia en plazo comporta la adquisición definitiva de la herencia.

17. Una vez realizada la declaración de renuncia ante el Tribunal de la residencia del declarante y, sin entrar a cuestionar su validez formal conforme a la ley de ese lugar, es fundamental que las autoridades que se ocupan del procedimiento sucesorio tengan conocimiento de la existencia de esas declaraciones. Sin embargo, el Reglamento de sucesiones no prevé mecanismos de transmisión de la declaración entre Tribunales⁹ y el Considerando 32 establece que las partes que se acojan a la posibilidad de realizar la declaración de renuncia ante el Tribunal de su residencia deberán informar de su existencia al Tribunal que lleve a cabo el procedimiento sucesorio en los plazos establecidos por la ley de la sucesión.

18. En la decisión objeto de este comentario las partes han llevado a cabo dicha comunicación, la clave se centra en el cumplimiento de los plazos estipulados por la ley de la sucesión (en este caso la alemana) y en la consecuencia que puede tener que las partes no comuniquen (o lo hagan fuera de plazo) que han llevado a cabo la declaración de renuncia ante el Tribunal de su residencia. En el presente supuesto los hechos son los siguientes: el Tribunal de Bremen informó el 19 de junio de 2019 a los sobrinos del causante la tramitación de un procedimiento *ab intestato* en el que eran beneficiarios, apelando a que

⁹ A. BONOMI, P. WAUTELET, *El Derecho europeo...op.cit.*, pp. 209-210.

aportasen determinados documentos para llevarlo a cabo. El 13 de septiembre los sobrinos del causante formularon declaración relativa a la renuncia de la herencia ante el Tribunal de Primera Instancia de La Haya, inscrita el 30 de septiembre. El 22 de noviembre el Tribunal alemán comunicó a los sobrinos la solicitud de certificado europeo y les instó a presentar observaciones. El 13 de diciembre de 2019 los sobrinos del causante transmitieron mediante escrito en neerlandés al Tribunal alemán una copia de las actas extendidas por el Tribunal de la Haya sobre sus declaraciones relativas a la renuncia que no fue tomado en consideración por falta de traducción. El 15 de enero de 2020, los declarantes mandaron otro escrito traducido al alemán al que acompañaban las actas sin traducir, alegando que no era precisa su traducción en tanto la declaración había sido registrada en lengua neerlandesa por las autoridades competentes. Entonces la respuesta del tribunal alemán fue que debían traducir las actas y respetar los plazos aplicables para renunciar a la herencia. Poco después emitió el certificado considerando que los sobrinos del causante habían aceptado la herencia. Los sobrinos reclamaron solicitando una ampliación del plazo para presentar más pruebas y aportaron copia de las actas traducidas. El Tribunal alemán les exigió los originales y finalmente, a pesar de que fueron aportados el 17 de agosto de 2020, desestimó el recurso y remitió el asunto al Tribunal Superior regional de lo Civil y de lo Penal de Bremen declarando que los sobrinos no habían renunciado a la herencia en plazo se consideraba que no habían hecho la renuncia.

19. Lo primero que nos planteamos es a qué plazos establecidos en la ley de la sucesión debemos atender. El Tribunal de Bremen desestimó el recurso interpuesto por los herederos, porque a su juicio para que la declaración de renuncia realizada ante el Tribunal holandés sea válida, no basta con que el tribunal alemán que conoce de la sucesión sea informado, sino que lo haga mediante los originales y en el plazo de 6 meses estipulado en el artículo 1944 del BGB. Sin embargo, el plazo establecido en el Código civil alemán en calidad de ley aplicable a la sucesión, se trata del plazo determinado para renunciar a la herencia desde un punto de vista sustantivo, por tanto, necesario para que se haga efectiva la renuncia porque, conforme al artículo 1943 BGB, no se podrá renunciar a la herencia expirado el plazo y transcurridos los seis meses la herencia se considerará aceptada. Los requisitos de validez y eficacia de la renuncia dependerán de que se haya realizado la declaración en plazo, algo fundamental para dotar de seguridad jurídica y protección a los terceros afectados.

20. Ciertamente, se trata de un requisito de validez material, sometido por tanto a la ley de la sucesión, es decir la ley alemana, que prevé seis meses de plazo; pero teniendo en cuenta que la declaración conforme al artículo 13 del Reglamento de sucesiones ha sido efectuada ante el Tribunal de La Haya, la validez de la misma no debería depender de la comunicación en el plazo al Tribunal alemán sino de la realización de la declaración en ese plazo ante el Tribunal de La Haya¹⁰. Si bien los requisitos de validez formal de la declaración se estipularán, como decíamos con anterioridad, de conformidad con la *lex loci actum*; los requisitos de validez material dependerán de la ley de la sucesión (art. 23.2.e) Reglamento de sucesiones).

21. Lo segundo que nos planteamos es la obligación de comunicar de las partes conforme al Considerando 32 del Reglamento de sucesiones y sus potenciales consecuencias. Las dudas giran en torno a la interpretación de la última frase del precepto que establece que la comunicación deberá realizarse en el plazo estipulado por la ley de la sucesión. Realmente en el caso que nos ocupa sí hubo comunicación, pero fue rechazada por no cumplir la forma y el plazo. En este supuesto, la ausencia de comunicación en plazo al Tribunal alemán (aunque ya hemos dicho que ni el lugar ni el plazo nos parece el acertado) comporta que se ignore la declaración y se considere por no realizada. Ello supone

¹⁰ En el Apartado 31 del Abogado general se alude a que la Comisión resalto que, conforme al Derecho alemán, la declaración de renuncia relativa a la herencia es una declaración de voluntad que debe ser recibida por el destinatario. Por ello, la doctrina alemana, sostiene que para su validez dicha declaración debe presentarse en plazo ante el Tribunal sucesorio, calificándose como requisito de validez material y no formal de dicho acto. Sin embargo, el hecho de que se haya utilizado la competencia residual contemplada en el artículo 13 que permite realizar la declaración de renuncia en el lugar de residencia habitual del beneficiario, así como el objetivo de simplificar y facilitar en este caso el acceso a la herencia, nos parece razón suficiente para trasladar la necesidad de cumplir el requisito de los plazos ante el Tribunal de La Haya.

aplicar por analogía la sanción prevista por la *lex sucesionis* por no respetar el plazo para realizar la declaración, sin embargo, la declaración sí se ha hecho en plazo y la comunicación, aunque no estamos de acuerdo con los plazos requeridos, en cierto modo, también.

22. Sin lugar a duda, ignorar la declaración relativa a la renuncia, constituye una sanción excesivamente dura cuando la declaración ha sido efectuada en plazo ante el Tribunal de la residencia habitual del renunciante respetando la competencia establecida por el Reglamento de sucesiones y el problema provenga de los plazos en los que se ha hecho la comunicación al tribunal ¹¹. Tal y como establece el Abogado General en el apartado 71 de sus Conclusiones, debemos resaltar que la obligación de informar proviene únicamente de un Considerando, pero no tiene su correlativo en las disposiciones del Reglamento de sucesiones que ni en su artículo 13, ni el artículo 28 imponen la obligación de informar a los Tribunales de otro Estado miembro de la declaración realizada relativa a la aceptación o a la renuncia de la herencia, ni la obligación de transmitir dichas declaraciones. Si la obligación de informar al tribunal se convierte en un requisito de validez de la declaración debería deducirse del texto del Reglamento de sucesiones no únicamente de su Considerandos que, a pesar de que juegan un importante papel hermenéutico, no constituyen por sí mismos fuente de derechos y obligaciones para los particulares.

III. ¿Requisitos de validez o requisitos de eficacia?

23. En realidad el problema ante el que nos encontramos es que el Tribunal alemán de Bremen ha convertido los plazos y la forma de comunicar o informar sobre la declaración de renuncia realizada, en un Estado miembro distinto al del lugar del tribunal que conoce del procedimiento sucesorio, en un requisito de validez de la declaración que, aunque, será válida conforme a lo estipulado en la ley holandesa, depende de su comunicación al tribunal alemán y deberá ser llevada a cabo de acuerdo a la ley alemana. Según las cuestiones planteadas a lo largo de la cuestión prejudicial, el Tribunal alemán, parece mezclar los requisitos de validez formal y requisitos de validez material de la declaración con su potencial eficacia ante un tribunal distinto del lugar donde se ha emitido. La información y comunicación al Tribunal que conoce de la sucesión de la existencia de una declaración de renuncia a la herencia emitida ante un Tribunal distinto al del procedimiento es fundamental para proteger tanto al resto de los herederos como a los acreedores, del mismo modo que lo son los requisitos formales que debe revestir la declaración, pero a pesar de estar motivados por una misma finalidad no pueden ser equiparados.

24. El artículo 28, en conjunto con el artículo 13 del Reglamento de sucesiones, permite al heredero o legatario efectuar la declaración de renuncia ante los Tribunales del Estado de su residencia, en virtud de los requisitos formales de la ley de ese lugar. Otra cosa son los efectos que esta declaración va a tener en un Estado miembro distinto, en este caso, en el lugar donde se lleva a cabo el procedimiento sucesorio. Los requisitos que debe ostentar el escrito mediante el que se presenta la declaración de renuncia y las actas que se han emitido por el Tribunal neerlandés para causar efectos en Alemania son los requisitos que deberá ostentar un documento público extranjero en ese país, no los requisitos de validez, ni formal ni material, para que esa declaración sea válida.

25. Como podemos observar, la no existencia de un mecanismo de cooperación entre Estados miembros para transmitir las declaraciones realizadas por los beneficiarios puede perjudicar enormemente la seguridad jurídica de acreedores y terceros interesados en el caso de las sucesiones internacionales. Para acabar con la incertidumbre, los Estados miembros deberán velar por la comunicación de las declaraciones efectuadas ante sus autoridades, tal y como establece el Considerando 46 del Reglamento de sucesiones se debería facilitar la información en los Estados miembros vinculados de una u otra forma con la herencia.

¹¹ En el mismo sentido vid., A. BONOMI, P. WAUTELET, *El Derecho europeo...op.cit.*, pp. 209.

El (des)interés del TJUE del traslado del centro de intereses principales en un procedimiento de insolvencia en tiempos de Brexit, a propósito de la STJUE de 24 de marzo de 2022, Galapagos BidCo, asunto C-723/20

The (dis)interest of the CJEU in the transfer of the centre of main interests in insolvency proceedings in times of Brexit. Commentary to CJEU Ruling of 24th March 2022, Galapagos BidCo, C-723/20

ADA LUCÍA MARISCAL GONZÁLEZ*

Personal Investigador en Formación (doctoranda en Derecho Internacional Privado)
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

ORCID: 0000-0003-0938-1607

Recibido:17.11.2022/Aceptado:13.01.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7580

Resumen: el objeto del presente trabajo es el análisis de la interpretación del artículo 3.1 del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia contenida en la resolución del TJUE de 24 de marzo de 2022, *Galapagos BidCo, C-723/20*, que tiene como finalidad dilucidar qué tribunal es competente internacionalmente para incoar un procedimiento de insolvencia principal, cuando hay una solicitud previa ante un tribunal de otro Estado miembro y este último no ha declinado ni asumido su competencia. A tal fin, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al TJUE por criterios que permitan determinar la localización del centro de intereses principales de la sociedad deudora cuando se suceden varios traslados en un período de tiempo reducido, lo que puede entenderse como una búsqueda de un foro de conveniencia en detrimento de los intereses de sus acreedores. Si bien el TJUE se abstiene de entrar en el fondo de esta cuestión, sí señala que la solicitud de un procedimiento de insolvencia principal ante un tribunal de un Estado miembro excluye, por el principio de la *perpetuatio fori*, la competencia de los tribunales de otro Estado de incoar un procedimiento similar con el mismo objeto.

Palabras clave: Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, insolvencia transfronteriza, competencia internacional, apertura de procedimiento de insolvencia principal, traslado de centro de intereses principales.

Abstract: the purpose of this paper is to delve into the interpretative criteria on Article 3(1) of the Regulation on Insolvency Proceedings contained in the ruling of the CJEU of 24th of March 2022, *Galapagos BidCo, C-723/20*, which aims to clarify which court has international jurisdiction to open main

* 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”.

insolvency proceedings, when there is a prior application for the opening of insolvency proceedings before a court of another Member State and the latter has not declined or assumed jurisdiction. For this purpose, the referring court asks the CJEU for criteria in the Regulation in order to determine the location of the debtor's centre of main interests, provided that there are several relocations within a short period of time, which may be understood as a search by the debtor for a forum of convenience to the detriment of its creditors. Although the CJEU does not offer criteria to clarify the location, it does point out that the application for main insolvency proceedings before a court of one Member State excludes, by virtue of the principle of *perpetuatio fori*, the jurisdiction of the courts of another Member State to open similar proceedings with the same object.

Keywords: European Insolvency Regulation, cross-border insolvency, international jurisdiction, opening of the main insolvency proceedings, transfer of the centre of main interests.

Sumario: I. Introducción. II. Los hechos del litigio principal y el plantamiento de las cuestiones prejudiciales. III. Lo que pudo ser y no fue: ¿el desinterés del TJUE del traslado del centro de intereses principales de Galapagos? IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. La STJUE de 24 de marzo de 2022, *Galapagos BidCo*, asunto C-723/20¹ tiene por objeto la interpretación del artículo 3.1 del Reglamento (UE) n.º 848/2015 sobre procedimientos de insolvencia² (en adelante RPI) a efectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de un procedimiento de insolvencia principal con efectos transfronterizos³. El procedimiento del que trae origen la resolución del TJUE versa sobre la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia en Alemania y tiene como partes, por un lado, a Galapagos (empresa *holding* deudora), DE (administrador concursal), Hauck Aufhäuser Fund Services y Prime Capital SA (estas últimas sociedades acreedoras de Galapagos) y, por otro lado, Galapagos BidCo. Sàrl (filial y acreedora de Galapagos).

2. La duda interpretativa del órgano remitente alemán parte de la concurrencia en el caso concreto de tres situaciones, que posteriormente serán analizadas en profundidad. En primer lugar, se constata la existencia de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia principal concerniente a Galapagos ante un órgano jurisdiccional inglés, la High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (en adelante, High Court) que, al tiempo de la interposición de las cuestiones prejudiciales ante el TJUE por parte del Bundesgerichtshof (el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán), ni había incoado aún el procedimiento, ni había declinado su propia competencia⁴. A partir de la jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación del artículo que regulaba la competencia internacional del derogado Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia⁵, el órgano jurisdiccional remitente entiende que el silencio del órgano jurisdiccional inglés impide la interposición de una nueva solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia principal ante un

¹ STJUE 24 de marzo de 2022, *Galapagos BidCo*, asunto C-723/20, ECLI:EU:C:2022:209.

² Reglamento (UE) n.º 848/2015 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido), *DOUE L 141*, de 5 de junio de 2015, p. 19/72.

³ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Reglamento (UE) 2015/848 de 20 mayo 2015 sobre procedimientos de insolvencia" en A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea V*, Thomson Aranzadi, 2021, pp. 55-504.

⁴ Al respecto, *vid.* A.M. BALLESTEROS, "Perpetuatio fori, traslado de COMI y Brexit", *La Ley Unión Europea*, Núm. 105, Julio 2022, Sección Sentencias seleccionadas, pp. 1-10.

⁵ Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, *DOCE L 160*, de 30 de julio de 2000, p. 1/18.

tribunal situado en otro Estado miembro (Alemania), independientemente de que el centro de intereses principales (en adelante, COMI)⁶ de Galapagos se hubiera trasladado desde el Reino Unido a Alemania⁷.

3. A su vez, hay que destacar que la expiración del período transitorio de vigencia del Acuerdo de Retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica⁸ (en adelante, Acuerdo de Retirada) a consecuencia del Brexit se traduce en la inaplicación, a partir del 1 de enero de 2021, de ciertas disposiciones europeas en el Reino Unido⁹. El órgano jurisdiccional remitente preveía que la finalización del período transitorio derivaría en la inaplicación del RPI a este asunto concreto, puesto que, de acuerdo con el Acuerdo de Retirada, el RPI solo se podía aplicar, una vez finalizado el período transitorio, si el procedimiento de insolvencia se había incoado con anterioridad. Efectivamente, la High Court no incoa el procedimiento de insolvencia con anterioridad a la expiración¹⁰.

4. En tercer lugar, la sociedad deudora Galapagos traslada hasta en dos ocasiones su administración central en aproximadamente tres meses –desde Luxemburgo a Reino Unido en junio de 2019 y desde el Reino Unido a Alemania en agosto de 2019¹¹–, sin cambiar simultáneamente su domicilio social, situado en Luxemburgo¹². Los traslados de la administración central de Galapagos desde un Estado miembro a otro en un lapso de tiempo tan reducido mientras comienza a experimentar dificultades financieras suscita interrogantes a la hora de localizar el COMI de la empresa, piedra angular de la determinación de la competencia internacional y de la ley rectora en la sustanciación del procedimiento de insolvencia¹³. Se abre, así, el interrogante de si los cambios del COMI de la deudora pueden ser considerados fraudulentos o abusivos y si lo mismos tienen como objetivo la búsqueda de un foro de conveniencia acorde con los intereses de Galapagos y en detrimento de los de sus acreedores. Con carácter previo, cabe recalcar que el RPI contiene una serie de salvaguardias, unas presunciones *iuris tantum* de localización del COMI de los deudores, independientemente de si son sociedades, personas jurídicas o particulares (artículo 3), con ánimo de desincentivar posibles comportamientos fraudulentos o abusivos¹⁴.

5. La inminente incidencia del Brexit, cuyos efectos se dejaron entrever con posterioridad en el procedimiento del que las cuestiones prejudiciales traen origen; el no muy acertado planteamiento de las cuestiones prejudiciales del órgano jurisdiccional remitente ante el TJUE puesto que no llega a formular la pregunta verdaderamente pertinente –¿cómo afecta el traslado del COMI de un deudor

⁶ Vid. J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “El centro de intereses principales, como foro de competencia internacional en el Reglamento 1346/2000, en relación con empresas de un grupo de sociedades”, *Anuario de Derecho concursal*, Núm. 33, 2014, pp. 501-535.

⁷ Para comparar las diferencias entre el Reglamento 1346/2000 y la actual refundición del RPI véase, sin ánimo de exhaustividad: M. VIRGÓS SORIANO Y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento de insolvencia: una aproximación general”, *Cuadernos de Derecho judicial*, Núm. 4, dedicado a: Cooperación judicial en materia civil: El Convenio de Bruselas, Madrid, 2001; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA, P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, 6ª ed., Madrid, Iustel, 2020; A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho concursal internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho del comercio internacional*, Colex, 2012; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “El nuevo Reglamento europeo de insolvencia”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 67, Núm. 2, 2015, pp. 263-267; A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia internacional y procedimientos principales de insolvencia en el Reglamento 1346/2000”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Núm. 1, semestre 2, Sección estudios, 2004, pp. 157-188.

⁸ Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, *DOUE L 29, de 31 de enero de 2020, p. 7/187*.

⁹ A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Insolvencia transfronteriza en tiempos de Brexit”, *La Ley Unión Europea*, Nº 100.

¹⁰ Esencial R. BORK Y R. MANGANO, “Scope of the EIR” y “International Jurisdiction” en *European Cross-Border Insolvency Law*, Oxford University Press, 1ª ed., 2016, para comprender los procedimientos de insolvencia transfronterizos en la era post-Brexit.

¹¹ Apartados 11 y 12 STJUE 24 de marzo de 2022, *Galapagos BidCo*, asunto C-723/20, ECLI:EU:C:2022:209.

¹² Apartado 11 STJUE 24 de marzo de 2022, *Galapagos BidCo*, asunto C-723/20, ECLI:EU:C:2022:209.

¹³ Vid. E. TORRALBA MENDIOLA, “Las insolvencias transfronterizas en la Unión Europea: perspectivas jurisprudenciales y retos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, Núm. 2, 2019, pp. 360-378.

¹⁴ Para un análisis de comportamientos abusivos o fraudulentos en el marco de un procedimiento de insolvencia, vid. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Ley aplicable a las acciones concursales de reintegración (Comentario a la STJUE de 8 de junio de 2017, *Vinyls Italia*)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, Núm. 1, 2019, pp. 739-750.

cuando el mismo se ha realizado poco antes de la solicitud de una primera apertura de un procedimiento de insolvencia?¹⁵—; así como la renuencia por parte del TJUE a ofrecer criterios interpretativos estables conducentes a esclarecer la localización del COMI cuando se sospecha de un comportamiento fraudulento o abusivo por parte de una deudora, evidencia que la utilidad práctica de la STJUE ha sido escasa. Conviene señalar que el TJUE no entra en el fondo de la primera cuestión prejudicial y que la segunda la responde reiterando su jurisprudencia¹⁶.

6. A su vez, la respuesta del TJUE ha devenido en una situación de parálisis del procedimiento del que la STJUE trae origen en Alemania, puesto que el recurso de casación ante el Tribunal Supremo alemán aún no se ha resuelto, mientras que en Reino Unido la High Court ha incoado el procedimiento de insolvencia principal con posterioridad a la finalización del Acuerdo de Retirada, tal y como preveía el órgano jurisdiccional remitente, de modo que el tribunal inglés ha dispuesto en su resolución del 30 de junio de 2022 que dictará inminentemente una orden de disolución de Galapagos¹⁷. Si bien el estado actual del procedimiento excede del contenido del presente trabajo, es ilustrativo dar cuenta de que actualmente hay varios procedimientos relacionados con la insolvencia de Galapagos en tribunales de Alemania, Reino Unido, Luxemburgo y en el Estado de Nueva York¹⁸.

II. Los hechos del litigio principal y el planteamiento de las cuestiones prejudiciales

7. Galapagos SA, fundada en 2014 y con domicilio en Luxemburgo, es una empresa *holding* de un grupo empresarial que cuenta con dos divisiones operativas: una proveedora de intercambiadores de calor y la otra, de sistemas de refrigeración y calefacción. A partir de 2019 Galapagos comienza a experimentar dificultades financieras y, ante esta situación, en junio de 2019 sus administradores trasladan la

¹⁵ Tal y como se expone en el artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de septiembre de 2012, *DOUE L 265 de 29 de septiembre de 2012*, en su versión modificada el 18 de junio de 2013, *DOUE L 173 de 26 de junio de 2013*, el 19 de julio de 2016 *DOUE L 217 de 12 de agosto 2016*, el 9 de abril de 2019 *DOUE L 111 de 25 de abril de 2019* y el 26 de noviembre de 2019 *DOUE L 316 de seis de diciembre de 2019*, p. 103/106: “Contenido de la petición de decisión prejudicial”: *Junto a (...) las preguntas formuladas al Tribunal con carácter prejudicial, la petición de decisión prejudicial contendrá: a) una exposición concisa del objeto del litigio y de los hechos pertinentes, según se hayan constatado por el órgano jurisdiccional remitente, o al menos una exposición de los datos fácticos en que se basan las cuestiones; (...)c) la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión (...)*. Al respecto cabe destacar que el órgano jurisdiccional remitente apuntó a lo largo de su escrito de petición de decisión prejudicial la importancia de localizar el COMI de Galapagos. No obstante, por razones procesales consideró que, al momento de la interposición de la petición prejudicial, este se encontraba en Reino Unido y aunque se menciona de pasada, no llegó a plantear la posibilidad de que ese primer traslado, que se erige en el desencadenante del procedimiento, fuera fraudulento y, por tanto, en aplicación de las presunciones del RPI, hubiera que localizarlo en otro Estado. Por otro lado, tampoco en la formulación de las cuestiones prejudiciales, que es lo que esencialmente debe responder el TJUE, planteó la pregunta de cómo afectaban los posibles traslados fraudulentos o abusivos a la localización del COMI. En ese caso, el TJUE, a efectos de interpretar el artículo 3.1 de competencia internacional del RPI habría entrado a valorar todos los traslados del COMI de la deudora. De este modo y en tal caso, cabría esperar que el TJUE habría entrado en el fondo del asunto. Por este motivo consideramos que el TJUE, en parte, no podía haber ofrecido una respuesta distinta en la STJUE.

¹⁶ Esencialmente la jurisprudencia que aborda la interpretación del artículo 3.1 del RPI y del Reglamento 1346/2000: la STJUE de 17 de enero de 2006, *Staubitz-Schreiber*, asunto C-1/04, ECLI:EU:C:2006:39; STJUE de 15 de diciembre de 2017, *Rastelli Davide e C.*, asunto C-191/10, ECLI:EU:C:2011:838; STJUE de 14 de noviembre de 2018, *Wiemer y Trachte*, asunto C-296/17, ECLI:EU:C:2018:902; STJUE de 16 de julio de 2020, *MH y NI contra OJ y Novo Blanco SA*, asunto C-253/19, ECLI:EU:C:2020:585.

¹⁷ *Barings (UK) Ltd & Ors v Galapagos SA in the matter of Galapagos S.A. and in the matter of the Insolvency Act 1986*, [2022] EWHC 1633 (Ch) (30 June 2022, disponible en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2022/1633.html>).

¹⁸ Fundamentalmente por ser la sociedad *holding* del grupo que gestionaba el patrimonio y las relaciones económico-financieras del grupo empresarial. Al respecto, véase A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Procedimientos de insolvencia y grupos multinacionales de sociedades*, Thomson, Navarra, 2006; E. TORRALBA MENDIOLA, “El nuevo Reglamento en materia de procedimientos sobre insolvencia”, en M. JIMENO BULNES (Dir.), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, ed. Bosch, 2016, pp. 83-115; L. GARCÍA GUTIÉRREZ, “Reflexiones acerca de la regulación de la insolvencia de los grupos internacionales de sociedades en la Unión Europea”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 31, 2015, pp. 205-226.

administración central de Galapagos desde Luxemburgo a Reino Unido. En agosto del mismo año los administradores solicitan ante la High Court la apertura de un procedimiento de insolvencia principal. En este contexto, y a instancia de un grupo de acreedores (entre otros, Hauck Aufhäuser Fund Services SA y Prime Capital SA), los administradores son cesados y sustituidos por un nuevo administrador que traslada en ese mismo mes la administración central a Düsseldorf, Alemania. A su vez, el nuevo administrador da la orden a los abogados de Galapagos de retirar la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia presentada ante la High Court. No obstante, la retirada no llega a materializarse debido a que otros acreedores de Galapagos (como Galapagos BidCo Sàrl) se adhieren a la solicitud de apertura de procedimiento de insolvencia principal presentada en Reino Unido, imposibilitando la retirada de la misma. El 23 de agosto de 2019, mientras pende la solicitud ante la High Court en el Reino Unido, Galapagos presenta una nueva solicitud de apertura de procedimiento de insolvencia principal ante el Amsgericht Düsseldorf (Tribunal de lo Civil y Penal de Düsseldorf). La misma no se admite y el procedimiento no se incoa puesto que el tribunal se considera incompetente porque localiza el COMI de la deudora en Reino Unido en el momento de la solicitud¹⁹.

8. El 6 de septiembre dos acreedores de Galapagos (Hauck Aufhäuser Fund Services SA y Prime Capital SA) nuevamente presentan ante el órgano jurisdiccional alemán una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia. En esta ocasión, el Amsgericht Düsseldorf, al considerar que el COMI de Galapagos se sitúa en ese momento en Alemania, nombra mediante auto un administrador concursal (DE) y ordena la adopción de medidas cautelares. Dado que Galapagos BidCo. Sàrl, filial y acreedora de Galapagos, apoya la apertura del procedimiento de insolvencia en Reino Unido, apela el auto del Amsgericht Düsseldorf ante el Landgericht Düsseldorf y solicita la anulación del auto aduciendo la falta de competencia del órgano jurisdiccional derivada de la errónea localización del COMI en Alemania. El recurso es desestimado mediante auto y Galapagos BidCo. Sàrl recurre en casación ante el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal), órgano jurisdiccional remitente en el procedimiento ante el TJUE²⁰.

9. El órgano jurisdiccional remitente considera que la interpretación del artículo 3.1 del RPI, relativo a las normas de competencia internacional de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, es determinante para el resultado del recurso de casación, esencialmente en lo que respecta a la localización del COMI cuando existen varios traslados de un deudor insolvente en poco tiempo²¹. El órgano jurisdiccional da cuenta de la importancia del concepto del COMI en su petición de decisión prejudicial y hace especial hincapié en que se trata de un concepto autónomo del RPI—ajeno al concepto de los Derechos nacionales—, asimilable al lugar en el que el deudor lleva a cabo de manera habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses²². Asimismo, subraya que el COMI y su determinación se erige en el eje vertebral de la sustanciación de los procedimientos de insolvencia transfronterizos.

10. Si bien el órgano jurisdiccional comparte la apreciación del tribunal de apelación de que el COMI se sitúa en septiembre de 2019 en Alemania, duda de si el traslado del mismo desde Reino Unido a Alemania se ha llevado a cabo en circunstancias que puedan considerarse fraudulentas o abusivas. También se plantea si el hecho de que se haya solicitado inicialmente la apertura de un procedimiento de insolvencia ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro excluye la competencia de otro tribunal de otro Estado miembro de incoar un procedimiento con el mismo objeto, siempre y cuando el primer órgano jurisdiccional no se haya pronunciado sobre su competencia. Explicita que, dado que el RPI señala que únicamente puede incoarse un procedimiento de insolvencia principal, de carácter universal y reconocido automáticamente en todos los Estados miembros, duda de si la competencia exclusiva a la

¹⁹ Apartados 11-13 STJUE 24 de marzo de 2022, *Galapagos BidCo*, asunto C-723/20, ECLI:EU:C:2022:209.

²⁰ Apartados 13-15 STJUE 24 de marzo de 2022, *Galapagos BidCo*, asunto C-723/20, ECLI:EU:C:2022:209.

²¹ Apartado 16 STJUE 24 de marzo de 2022, *Galapagos BidCo*, asunto C-723/20, ECLI:EU:C:2022:209.

²² Apartados 17-19 STJUE 24 de marzo de 2022, *Galapagos BidCo*, asunto C-723/20, ECLI:EU:C:2022:209. A su vez, considerandos 28 y 29 del RPI.

que el RPI hace alusión se refiere únicamente al mantenimiento de la competencia del tribunal mientras este no asuma ni decline su competencia o si, por el contrario, es posible la presentación de una nueva solicitud de apertura de procedimiento de insolvencia principal que, en caso de prosperar, vincularía al órgano que no ha asumido su competencia²³.

11. Resulta destacable que el Bundesgerichtshof parte de que la competencia de la High Court al tiempo de la solicitud inicial se basa en el artículo 3.1 del RPI, es decir, en la localización del COMI en Reino Unido. Es, cuanto menos, llamativo, que los distintos órganos jurisdiccionales alemanes que habían conocido del procedimiento en las distintas instancias no se cuestionaran el posible traslado fraudulento de la administración central de Galapagos desde Luxemburgo a Reino Unido. Tampoco el órgano jurisdiccional remitente pregunta al TJUE por las consecuencias del traslado del COMI de un deudor poco antes de la presentación de la primera solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, sino por el mantenimiento de su competencia en virtud del principio de la *perpetuatio fori*²⁴.

12. En este contexto, el Bundesgerichtshof que conoce del recurso de casación, suspende el procedimiento y plantea dos cuestiones prejudiciales al TJUE. En la primera de ellas pregunta al TJUE por la interpretación del artículo 3.1 del RPI en aras de determinar la localización del COMI de la empresa deudora, cuando ha habido dos traslados de la administración central de la misma a dos Estados miembros distintos y se ha solicitado ante los tribunales de ambos la apertura de un procedimiento de insolvencia principal. Todo ello en vistas a esclarecer los tribunales de qué Estado son los competentes para incoar el procedimiento. La segunda cuestión tiene como objeto determinar si el órgano jurisdiccional en el que se sitúa el COMI en el momento de la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia principal mantiene su competencia internacional para incoar el procedimiento si, tras la presentación de la solicitud, pero antes de su resolución, traslada su COMI al territorio de otro Estado miembro. Asimismo, se pregunta al TJUE si dicha competencia internacional del tribunal es exclusiva y excluyente, de manera que los tribunales de otro Estado miembro no están facultados para resolver sobre una nueva solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia principal hasta que el primer órgano jurisdiccional se pronuncie sobre su competencia, y ello a pesar de que se haya trasladado el COMI al segundo Estado miembro.

13. Se adelanta que el TJUE no entra a contestar la primera de las cuestiones prejudiciales formuladas por el órgano jurisdiccional remitente que, en esencia, plantea que ante el traslado en dos ocasiones de la administración central de la sociedad deudora a dos Estados miembros distintos sin cambio del original domicilio social, en dónde se localiza el COMI de la misma y cómo afectan estos traslados a la determinación de la competencia internacional de cara a incoar el procedimiento de insolvencia. Por el contrario, sí responde a la segunda de las cuestiones que fundamentalmente tiene por objeto concretar si el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la inicial apertura del procedimiento de insolvencia conserva la competencia de incoar el procedimiento de insolvencia ante el traslado posterior del COMI de la sociedad.

III. Lo que pudo ser y no fue: el desinterés del TJUE del traslado del centro de intereses principales de Galapagos

14. Si bien consideramos que habría resultado de interés que el TJUE se hubiera pronunciado sobre la determinación del COMI cuando entran en juego las salvaguardias de las denominadas presunciones de localización (artículo 3 del RPI), tendentes a evitar la búsqueda de foros de conveniencia por parte de los deudores, el TJUE dedica dos escuetos apartados de la resolución (41 y 42) a disponer que

²³ Véase el resumen de la petición de decisión prejudicial, asunto C-723/20, con fecha 29 de diciembre de 2020.

²⁴ Apartados 17 y 22 de la STJUE 24 de marzo de 2022, *Galapagos BidCo*, asunto C-723/20, ECLI:EU:C:2022:209.

no procede responder a la primera cuestión prejudicial²⁵. Contrariamente a lo que establece el TJUE consideramos que no se trata de una cuestión baladí puesto que la determinación del Estado en el que se sitúa el COMI da lugar al esclarecimiento del órgano jurisdiccional competente internacionalmente del conocimiento y de la apertura del procedimiento de insolvencia. Asimismo, la localización del COMI y la determinación de la competencia internacional deriva en la sustanciación del procedimiento de insolvencia con arreglo a las normas sustantivas y procesales del Estado miembro en cuyo territorio se haya abierto el procedimiento²⁶. A tal fin, el RPI establece que únicamente puede existir un procedimiento de insolvencia principal con alcance universal, lo que no obsta a que puedan abrirse procedimientos de insolvencia secundarios, de carácter territorial, con efectos limitados a los bienes de un Estado miembro²⁷. El caso analizado no versa sobre la coexistencia de un procedimiento principal y varios territoriales, sino del establecimiento del COMI a efectos de determinar la competencia internacional de un procedimiento de insolvencia principal. Por tanto, todo apunta a que una sociedad deudora que quiera encontrar la posición jurídica más conveniente a sus intereses tratará de trasladar su COMI al Estado cuya legislación le ofrezca mayores ventajas. Así, una vez que el órgano jurisdiccional dicta la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia, la misma goza, por el principio de confianza mutua²⁸ y de libertad de circulación de las resoluciones judiciales, de reconocimiento automático en todos los Estados miembros²⁹.

15. Tal y como se expuso anteriormente, el Bundesgerichtshof no plantea cuáles son los efectos de un traslado del COMI de un deudor poco antes de la presentación de una primera solicitud de insolvencia. Tampoco se cuestiona el TJUE, quizás por la incorrecta formulación de la cuestión prejudicial, que el COMI de la sociedad deudora se pueda encontrar en el Estado en donde está domiciliada la sociedad (Luxemburgo)³⁰. Es un dato que pasa desapercibido en la formulación cuestión prejudicial por parte del Bundesgerichtshof. Así, la STJUE establece que “*el órgano jurisdiccional remitente señala que (...) debe partir del principio de que, en la fecha en la que se presentó la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia ante la High Court, la competencia internacional de los tribunales del Reino Unido para abrir un procedimiento de insolvencia principal se fundamentaba en el artículo 3.1 (...), puesto que (...) el centro de intereses principales de Galapagos se situaba en ese momento en el Reino Unido*”³¹. Dado que el TJUE no entra a examinar la pregunta tendente a determinar la localización del COMI de Galapagos, da por hecho que el mismo, al tiempo de la solicitud inicial de la apertura del procedimiento de insolvencia, se encuentra en Reino Unido, independientemente de la localización de su domicilio social. Se trata de una presunción *iuris tantum* de la localización del COMI (artículo 3) que es destruida *a priori*³².

16. A la hora de determinar el COMI, atendiendo a la jurisprudencia del TJUE relativa al Reglamento 1346/2000 y al considerando 28 del RPI, debe prestarse especial atención a la percepción que los acreedores tienen del lugar en el que el deudor lleva a cabo la gestión de sus intereses. Al res-

²⁵ Compartimos la postura de A.M. BALLESTEROS, “*Perpetuatio fori, traslado de COMI y Brexit*”, *La Ley Unión Europea*, Núm. 105, Julio 2022, Sección Sentencias seleccionadas pp. 1-10.

²⁶ Artículo 7 RPI.

²⁷ Véase, en relación con los procedimientos de insolvencia secundarios, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Bienes sujetos a un procedimiento secundario de insolvencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio 2015, Nortel C-649/13”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Núm. 2, pp. 692-701.

²⁸ Artículo 19 RPI.

²⁹ Muy ilustrativo, al respecto, el epígrafe que desarrolla la determinación del COMI y la aplicación de las reglas de competencia. *Vid.* P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Reestructuración e insolvencia transfronteriza: claves del nuevo Reglamento europeo (1)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Núm. 27, Sección Ponencias y Estudios/V Congreso Internacional “Reestructuración societaria”, 2017, pp. 69-86.

³⁰ Véase P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “La evolución del régimen europeo sobre procedimientos de insolvencia”, *La Ley Unión Europea*, Núm. 28, 2015, pp. 1-8.

³¹ Apartado 22 STJUE 24 de marzo de 2022, *Galapagos BidCo*, asunto C-723/20, ECLI:EU:C:2022:209.

³² En relación con la posibilidad de destruir las presunciones hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 3.1 RPI y en sus considerandos 23-33. A su vez, en relación con la jurisprudencia del TJUE que aborda la posibilidad de destruir las presunciones de localización del COMI a efectos de la determinación de la competencia internacional, véase STJUE de 20 de octubre de 2011, *Interedil*, asunto C-396/09, ECLI:EU:C:2011:671; STJUE 2 de mayo de 2006, *Eurofood IFSC*, asunto C-341/04, ECLI:EU:C:2006:281.

pecto, el órgano jurisdiccional remitente sostiene que solo cabe calificar como COMI un lugar en el que la sociedad deudora haya mantenido su domicilio social o haya administrado sus intereses durante al menos tres meses antes de presentar la solicitud de insolvencia, exigiendo el RPI una mínima estabilidad que no se da cuando el establecimiento de una sede administrativa se produce simultáneamente a la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia. Dado que el TJUE no entra en el fondo de esta cuestión, no se plantea que el cambio de la administración central desde Luxemburgo a Reino Unido sin el traslado del domicilio social, unido a la solicitud de la apertura del procedimiento de insolvencia ante los tribunales de Reino Unido, no puede considerarse una situación mínimamente estable.

17. Al mismo tiempo, ante un caso de traslado del COMI de una sociedad, la misma debe informar con tiempo suficiente a sus acreedores de la nueva ubicación desde la cual se están llevando a cabo sus actividades. Teniendo en consideración lo anterior, habría sido pertinente que se hubiera determinado si el aviso del traslado de la administración central por parte de Galapagos por medio de un comunicado a los mercados de capitales es un medio adecuado de información³³. En cualquier caso, de acuerdo con los considerandos 30, 31 y 32, el órgano jurisdiccional debe valorar cuidadosamente, mediante el examen de su competencia, si el COMI del deudor está realmente situado en ese Estado miembro. La presunción recogida en el artículo 3 debe ser destruible cuando el lugar de la administración central no esté situado en el mismo Estado miembro que el domicilio social y, cuando de la valoración de las circunstancias pertinentes, se establezca de manera reconocible por los terceros que el centro efectivo de dirección y control de dicha sociedad y de la gestión de sus intereses está situado en otro Estado miembro. Si las circunstancias del asunto suscitan dudas sobre la competencia del órgano jurisdiccional, este último debe exigir al deudor que aporte pruebas adicionales que respalden sus declaraciones³⁴. El presente asunto se caracteriza, precisamente, por el hecho de que los intereses opuestos de los acreedores de Galapagos son el detonante de los sucesivos cambios de COMI de la deudora, puesto que un grupo de ellos (liderado por Galapagos BidCo. Sàrl) desea que el procedimiento de insolvencia se dirima en Reino Unido bajo la ley inglesa y otro grupo de acreedores (Hauck Aufhäuser Fund Services SA y Prime Capital SA) persigue que el procedimiento de insolvencia se sustancie ante tribunales alemanes bajo la ley alemana. En una situación como la descrita es fundamental que operen las presunciones *iuris tantum* de localización del artículo 3.1, de modo que es criticable que el TJUE no ofreciera en la resolución los criterios que hubieran permitido determinar la localización del COMI, ante posibles comportamientos abusivos o fraudulentos de la deudora, que busca un foro de conveniencia para el desarrollo del procedimiento de insolvencia principal.

18. Otro aspecto criticable de la abstención del TJUE a entrar a responder la primera de las cuestiones es el excepcional contexto que rodea al caso: el Brexit. Al tiempo de la interposición de la cuestión prejudicial, el tribunal que no se había pronunciado sobre su competencia está en Reino Unido. La cuestión prejudicial se interpone catorce días antes de que expirara el período transitorio del Acuerdo de Retirada durante el cual el Reglamento 2015/848 se aplicaba en Reino Unido. Tal y como advertimos antes, tras la expiración del período transitorio y con posterioridad al pronunciamiento del TJUE, la High Court incoa el procedimiento de insolvencia, sin estar vinculado al RPI. Debe recalarse que el procedimiento allí continuado no ha finalizado y que la High Court está pendiente de dictar una orden de liquidación de Galapagos³⁵.

³³ Al respecto, muy ilustrativo en relación con el asunto Galapagos Bidco SARL v Kebekus & ors [2021] EWHC 68 (Ch) (19 January 2021), otro procedimiento judicial que tiene como partes a Galapagos y Galapagos BidCo, B.G. disponible en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2021/68.htm> VAN CALSTER, “Galapagos Bidco v DE. The CJEU fails to clarify whether move of COMI by mere market notice, may be effective”, 3 de mayo de 2022, disponible en <https://gavclaw.com/2022/05/03/galapagos-bidco-v-de-the-cjeu-fails-to-clarify-whether-move-of-comi-by-mere-market-notice-may-be-effective/> (última consulta 12 de noviembre de 2022).

³⁴ Considerandos 30, 31 y 32 RPI.

³⁵ Vid. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Brexit e insolvencia transfronteriza”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Núm. 17, 2017, pp. 91-123; L. CARBALLO PIÑEIRO, “La insolvencia transfronteriza en la Unión Europea y el Reino Unido tras el Brexit”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Núm. 27, 2017, pp. 493-511.

19. En relación con la segunda de las cuestiones prejudiciales, el TJUE sí entra en el fondo de la misma y responde reiterando su jurisprudencia ya asentada en la STJUE de 17 de enero de 2006, *Staubitz-Schreiber*, C-1/04³⁶ con respecto al mantenimiento de la competencia exclusiva del tribunal del Estado miembro al que se le ha solicitado la apertura de un procedimiento de insolvencia principal (*perpetuatio fori*), a pesar de un posterior traslado del COMI a otro Estado miembro. Si bien la citada resolución tenía como objeto la interpretación del artículo 3.1 del derogado Reglamento 1346/2000, el TJUE considera vigentes tanto la resolución como su interpretación a efectos de aclarar la interpretación del artículo 3.1 del RPI refundido, puesto que ambos reglamentos persiguen la mejora de la eficacia y eficiencia de los procedimientos de insolvencia con efectos transfronterizos, así como el buen funcionamiento del mercado interior, evitando que las partes encuentren incentivos para buscar foros de conveniencia favorables a su posición jurídica (considerandos 3,4,5 y 8 del RPI)³⁷.

20. De este modo se aclara que, una vez presentada la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia ante el tribunal en cuyo territorio se encuentra el COMI del deudor en el momento de su presentación (Reino Unido), el mismo seguirá siendo competente para incoar el procedimiento si el deudor ha trasladado su COMI a otro Estado miembro, después de la presentación de la solicitud y antes de que el órgano haya incoado el procedimiento o declinado su competencia. Siempre y cuando el órgano jurisdiccional no se haya pronunciado sobre su competencia para conocer del procedimiento de insolvencia principal (artículo 4), el mismo la mantendrá (*perpetuatio fori*), puesto que si un deudor tuviera la posibilidad de artificialmente trasladar el COMI durante el horizonte temporal que media entre la solicitud de la resolución de apertura del procedimiento principal y hasta que el órgano dicta la resolución de apertura, estaría facultado para alterar el órgano jurisdiccional competente para conocer el asunto, así como el Derecho aplicable al mismo y ello derivaría en una situación de *forum shopping* en detrimento de sus acreedores, condenados a perseguir al deudor en cada Estado al que tuviera a bien establecerse³⁸.

21. El interés de la respuesta del TJUE a esta segunda cuestión prejudicial radica en lo dispuesto en el apartado 39 en relación con cómo podrían mitigarse los efectos del Brexit en caso de que la High Court se pronunciara tras la expiración del período transitorio. El TJUE, de soslayo, expone en el citado apartado la clave de bóveda para que el Bundesgerichtshof se declare competente una vez que el Brexit despliegue sus plenos efectos: (...) *de constatarse que, en la fecha de expiración de ese período transitorio (...) la High Court no se había pronunciado aún sobre la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia principal, (...) el Reglamento 2015/848 no exigiría ya que un tribunal de un Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de intereses principales de Galapagos se abstuviera de declararse competente a efectos de la apertura de tal procedimiento*³⁹. Es decir, la *perpetuatio fori* de la que goza el órgano jurisdiccional inglés ante el que se solicitó primero la apertura del procedimiento de insolvencia se mantiene, siempre y cuando el RPI siga siendo aplicable en el Reino Unido tras el Acuerdo de Retirada.

IV. Conclusiones

22. Ciertamente, el TJUE ha perdido la oportunidad de aclarar el sentido del artículo 3.1 del RPI que dispone cómo se determina la competencia internacional en procedimientos de insolvencia principales en el caso de traslados sucesivos del COMI que pueden ser considerados fraudulentos o abusivos y que busquen un foro de conveniencia. En parte, la abstención del TJUE de entrar al fondo

³⁶ STJUE de 17 de enero de 2006, *Staubitz-Schreiber*, asunto C-1/04, ECLI:EU:C:2006:39.

³⁷ Véase K. PACULA, “CJEU on centre of main interests (COMI) and its subsequent transfer (and Brexit) under the Insolvency Regulation 2015 in the case Galapagos BidCo, C-723/20”, 24 de marzo de 2022, disponible en <https://conflictoflaws.net/2022/cjeu-on-centre-of-main-interests-comi-and-its-subsequent-transfer-and-brexit-under-the-insolvency-regulation-2015-in-the-case-galapagos-c-723-20/> (última consulta 12 de noviembre de 2022).

³⁸ Considerandos 1-5 RPI.

³⁹ Apartado 39 de la STJUE 24 de marzo de 2022, *Galapagos BidCo*, asunto C-723/20, ECLI:EU:C:2022:209.

de la primera cuestión proviene de la incorrecta formulación de la misma por parte del órgano jurisdiccional remitente, que debía haber solicitado la interpretación del artículo 3.1 con vistas a determinar los efectos del traslado del COMI de un deudor cuando se ha efectuado poco antes de la presentación de una primera solicitud de un procedimiento de insolvencia. También es llamativo que no se planteara la posibilidad de que el COMI se situara en Luxemburgo en aplicación de la presunción *iuris tantum* del artículo 3.1, por la que se presume que el COMI se localiza en el Estado en el que esté domiciliado el deudor si el domicilio social no se ha trasladado en los tres meses anteriores a la solicitud de la apertura del procedimiento de insolvencia.

23. En cuanto a la segunda cuestión prejudicial, el TJUE reitera su jurisprudencia en relación con la *perpetuatio fori* en caso de que se haya presentado una primera solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia principal ante un tribunal y este no haya declinado ni asumido su competencia. No obstante, matiza que en el presente asunto la *perpetuatio fori* está sujeta a que el RPI se aplique en el Estado ante el que se ha solicitado la incoación del procedimiento de insolvencia principal. Si este no fuera el caso, nada impide que el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la segunda solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia principal se declare competente y dicte una resolución de apertura con efectos universales y sujeta al reconocimiento automático en el resto de Estados miembros.

24. A pesar de que la resolución del recurso de casación (procedimiento de origen) ante el Bundesgerichtshof dependía de la resolución del TJUE, la High Court ha tomado la delantera⁴⁰, declarándose competente tras la expiración del período transitorio del Acuerdo de Retirada. No obstante, pendien en la actualidad litigios relacionados con la insolvencia de Galapagos en Alemania, Reino Unido, Luxemburgo y Nueva York⁴¹. En definitiva, la presente STJUE es el reflejo de todo lo que pudo ser y no fue, lo que deja entrever un cierto desinterés por parte del TJUE a la hora de analizar los efectos de los sucesivos traslados del COMI de Galapagos que, de haber sido cuestionados y considerados fraudulentos o abusivos, habrían derivado en una respuesta del TJUE distinta, con unos efectos diametralmente opuestos.

⁴⁰ P. PATTERSON, “Winding up order made despite the existence of earlier proceedings in Germany (Barings (UK) Limited and ors v Galapagos SA)”, 23 de agosto de 2022, disponible en https://gatehouselaw.co.uk/winding-up-order-made-despite-the-existence-of-earlier-proceedings-in-germany-barings-uk-limited-and-ors-v-galapagos-sa/?utm_source=Mondaq&utm_medium=syndication&utm_campaign=LinkedIn-integration (última consulta 13 de noviembre de 2022).

⁴¹ Da cuenta de ello, B. G. VAN CALSTER, “Galapagos v Kebekus. Freeport’s unfinished anchor mechanism analysis continues to spook the intensity of merits review at the jurisdictional stage”, 25 de enero de 2021, disponible en <https://gav-claw.com/2021/01/25/galapagos-v-kebekus-freeports-unfinished-anchor-mechanism-analysis-continues-to-spook-the-intensity-of-merits-review-at-the-jurisdictional-stage/> (última consulta el 13 de noviembre de 2022). A su vez, la resolución dictada por la High Court incoando el procedimiento (Barings (UK) Ltd & Ors v Galapagos SA [2022] EWHC 1633 (Ch), 30 June 2022) señala los procedimientos pendientes en relación con Galapagos en la actualidad.

Laudo arbitral extranjero y orden público internacional. El desafío

Foreign arbitral award and international public policy. The challenge

CARMEN MARÍA NORIEGA LINARES

Doctoranda en Derecho por la Universidad de Murcia

Letrada colegiada ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia

Recibido:01.12.2022 / Aceptado:18.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7581

Resumen: El auto del TSJ de Madrid de 5 de mayo de 2022 permite estudiar diversos aspectos clave para otorgar o denegar el reconocimiento del laudo arbitral. El hecho de que la parte demandada se ausente tanto del procedimiento arbitral como del exequatur podría parecer que reviste importancia para activar el orden público internacional, pero, ¿realmente importa? Tal vez aquello que inclina la balanza en favor de la denegación es la posición que se le atribuye a la demandada y no su presencia, o existan otras causas. Por ello, hay que tener muy claro cuáles son las leyes aplicables a este procedimiento, qué lo diferencia de otros similares y qué debe contener el laudo para que el orden público internacional haga su aparición o no. Y todo ello se estudia en este trabajo.

Palabras clave: Ley de Arbitraje. Convenio de Nueva York. Ley de Cooperación Jurídica Internacional. Consumidores. Motivación del laudo. Ausencia del demandado. Orden Público Internacional. Acción de anulación. Equivalente jurisdiccional. Cláusula abusiva en el arbitraje. Arbitrabilidad.

Abstract: The judicial order of the TSJ of Madrid of 5th May 2022 allows to study several key aspects to grant or deny the recognition of the arbitral award. The fact that the respondent is absent from both the arbitration proceedings and the exequatur might seem to be of importance in order to trigger international public policy, but does it really matter? Perhaps what tips the balance in favor of refusal is the position attributed to the respondent and not its presence, or maybe there are other reasons. Therefore, it is necessary to be very clear about which laws are applicable to this procedure, what differentiates it from other similar ones and what the award must contain in order for international public policy to make its appearance or not. And all this is studied in this paper.

Keywords: Arbitration Law. New York Convention. International Legal Cooperation Act. Consumers. Motivation of the award. Absence of the respondent. International Public Policy. Action for annulment. Jurisdictional equivalent. Abusive clause in arbitration. Arbitrability.

Sumario: I. Tres reglamentaciones con un mismo destino: el exequatur del laudo. II. La ausencia voluntaria del demandado en los distintos procedimientos. 1. Incomparecencia en el procedimiento arbitral. 2. Incomparecencia en el procedimiento de *exequatur*. III. Cuestiones planteadas en el voto particular. 1. Acción de anulación vs. Reconocimiento del laudo. 2. Motivación del laudo. 3. Consumidores en el arbitraje y orden público internacional. IV. La auténtica causa de denegación: la arbitrabilidad. V. Conclusiones.

I. Tres reglamentaciones con un mismo destino: el *exequatur* del laudo

1. El presente texto se basa en el estudio del auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de mayo de 2022¹. El auto se dicta como consecuencia de un procedimiento de reconocimiento de un laudo arbitral emanado de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres y que se pretende hacer válido y ejecutable en España. Sin embargo, antes de entrar en mayores consideraciones, se hace necesario tratar la cuestión relativa a la ley aplicable al *exequatur* de laudos extranjeros para evitar cualquier confusión.

2. Las tres normas que el propio auto indica como aplicables son el Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York, de 10 de junio de 1958 (CNY en adelante), la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA en adelante) y la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional (LCJI en adelante)^{2 3 4}. La importancia que reviste tratar esta cuestión es, sobre todo, por el desconcierto que parece generar en el ámbito judicial la aplicabilidad del CNY. En el Fundamento de Derecho Segundo del auto se estipula que los requisitos formales se comprobarán a la luz del CNY “(...) - aplicable por expresa referencia del art. 46.2 de la LA- (...)”.

3. Esta dicción no tendría mayor relevancia si fuese un hecho puntual y aislado, pero como no es la primera vez que en un auto de reconocimiento de un laudo se considera aplicable el CNY porque “así lo indica la LA”, es imperante dar un poco de luz a la cuestión. En la nota 2 se ha referenciado al CNY con el instrumento mediante el cual España se adhirió al mismo y que consta en el BOE. Pues bien, el art. 96.1 de la Constitución Española señala que “(l)os tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.”⁵

4. A pesar de que la Constitución hable únicamente de tratados, no significa que se deba tomar de manera literal, ya que “(e)llo no significa que resulte imposible la introducción de otras normas internacionales, sino más bien que la integración de las mismas habrá de verificarse en los términos previstos en los tratados de los que deriven, siempre y cuando éstos formen parte del ordenamiento español. La expresión “tratado” no comprende todas las posibles normas internacionales. El artículo 2.1.a) del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, define al tratado como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, y cualquiera que sea su denominación particular”⁶.

5. Por tanto, dentro del concepto de tratado se deben incluir todos los instrumentos internacionales celebrados entre Estados, que consten por escrito y que se rijan por el Derecho internacional, tengan la nomenclatura que tengan. Esto se debe a que “la mayoría de nuestros constitucionalistas más preclaros (y no sólo ellos) no han prestado la atención que viene reclamando el Derecho Internacional como fuente de producción de normas, quizás porque todavía lo siguen considerando, de manera inconsciente, periférico respecto del ordenamiento interno”⁷. Pero es innegable que el Derecho Internacional también influye en el Derecho interno, hecho reconocido incluso por la Constitución.

¹ ATSJ Madrid 221/2022, de 5 de mayo de 2022. (ECLI:ES:TSJM:2022:221A)

² Instrumento de Adhesión de España al Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958. BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977, págs. 15511-15512. (BOE-A-1977-15727).

³ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003. (BOE-A-2003-23646).

⁴ Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015, págs. 65906-65942. (BOE-A-2015-8564).

⁵ Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. (BOE-A-1978-31229).

⁶ J.L. REQUEJO PAGES. “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el Ordenamiento español”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 12. Núm. 34. Enero-abril 1992. Págs. 41-66. Ref. Pág. 48.

⁷ S. SÁNCHEZ y P. MELLADO. *La Constitución democrática española y sus fuentes*. Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2003, p. 217

6. Además se dice que “*la eficacia de los tratados en el Derecho internacional privado español deriva de los cauces habituales de las denominadas “relaciones de sistemas”. Junto a los artículos 93 a 96 de la CE, y el artículo 1. 5 del Código civil en tanto que mecanismos de base de la integración de las normas internacionales en el Derecho interno, hay que tener en cuenta que existen en el Derecho internacional privado español numerosas cláusulas de remisión a los tratados internacionales*”^{8 9}, por lo que al integrarse en el ordenamiento jurídico español se convierten en ley aplicable en todo su territorio.

7. Asimismo, el Tribunal Constitucional indicó, en relación con los tratados internacionales, que éstos “*(...) se inserta(n) en la clasificación del artículo 94 de la Constitución española, (y mientras que no hayan) (...), institucionalmente, denunciado estipulaciones contrarias a la propia Constitución ni procedido conforme al artículo 95 de la misma, y, una vez publicado oficialmente el tratado, (éste) forma parte del ordenamiento interno.*”¹⁰ Por lo que el Tribunal Constitucional considera que los tratados formarán parte del Derecho interno una vez que se hayan publicado en el BOE.

8. Si bien todo el razonamiento seguido es cierto, hay quien considera que es innecesario. Esto se debe a que “*(l)as normas contenidas en los Tratados obligan a España desde su entrada en vigor en el orden internacional en la fecha pactada por las Partes y en cuanto tales tratados son fuente directa y plenamente eficaces en el derecho interno, una vez publicados oficialmente, siendo susceptibles de crear por sí mismos derechos y obligaciones directamente exigibles por los particulares e invocables ante los órganos judiciales y administrativos*”.¹¹ Lo anterior se debe a que los tratados internacionales “*En cuanto tal norma internacional, su primacía sobre el derecho interno se sustenta en el propio derecho internacional y no depende de un reconocimiento al efecto por parte de la Constitución*”.¹²

9. Sea como fuere, lo cierto es que el CNY tiene entidad por sí mismo para ser aplicado con preferencia sobre las normas nacionales. Por ello, la dicción que considera aplicable el CNY por remisión de la LA es del todo inútil, ya que incluso sin esa referencia por parte de la normativa interna se debería aplicar el CNY con preferencia y, en todo lo no regulado por él, se acudiría a la ley nacional. Eso se debe a que la norma nacional es supletoria de la internacional, es decir, completa y complementa la norma internacional.

10. Ahora la cuestión es dilucidar cuándo se utiliza una regulación u otra pues, al principio del epígrafe se ha dicho que en el auto se habla de tres regulaciones distintas que son aplicables al reconocimiento y ejecución del laudo extranjero. Por lo que al CNY respecta, éste trata los aspectos básicos y esenciales que se deben apreciar para otorgar o denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral (art. I CNY). A lo largo de su articulado, que no es muy extenso, se establece el régimen general para la declinatoria cuando las partes hayan acordado acudir a arbitraje (art. II.3 CNY); la documentación que se debe acompañar junto con la demanda (art. IV CNY); las causas de denegación del reconocimiento y ejecución (art. V CNY); y qué sucede cuando se solicita la anulación o suspensión del laudo (art. VI CNY), entre otros.

11. Por su parte, la LA regula el procedimiento arbitral en España (art. 1 LA), determina qué materias pueden ser objeto de arbitraje (art. 2 LA), así como los requisitos necesarios para considerar un

⁸ **Art. 1.5 CC:** “5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el “Boletín Oficial del Estado””

⁹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS. “Normas de Derecho internacional privado: Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil”. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. (M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, eds.), Tomo I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995. Págs. 1–95. Ref. Pág. 71.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 66/1982, de 12 de noviembre. FJ. 5 *in fine*. (ECLI:ES:TC:1982:66)

¹¹ A. MANGAS MARTÍN. “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho español” *Cuadernos de derecho judicial*. 1994. Núm. 11, Págs. 9-37. Ref. Pág. 18

¹² A. MANGAS MARTÍN. “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho español” (...) Ref. Pág. 21

arbitraje internacional (art. 3 LA). A lo largo del texto se recogen aspectos procesales y formales tanto del procedimiento de arbitraje, ya sea su sustanciación o su terminación; también se regulan cuestiones relativas a los árbitros, tales como su capacidad, forma de elección, recusación, competencia, etc.

12. La LA se caracteriza “(i) por ofrecer un amplio reconocimiento a la autonomía de la voluntad de las partes para diseñar su propio procedimiento; (ii) por calificar de forma novedosa los arbitrajes que deben considerarse internacionales (...); (iii) por establecer una regulación flexible de las notificaciones; (iv) por limitar la intervención de los tribunales de justicia sobre el arbitraje; (v) por prever una regulación también flexible de la forma del convenio arbitral; (vi) por reconocer la potestad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia y para adoptar medidas cautelares; y, por fin, (vii) por reconocer expresamente la aplicación de la *lex mercatoria* al fondo de la controversia”¹³. Sin embargo, escapan de su marco de aplicación los arbitrajes laborales y los de consumo.

13. Finalmente, la LCJI “(...) no sólo ha supuesto una modificación sustancial del mismo procedimiento de *execuátur*. Ha supuesto también la introducción en el sistema procesal aplicable al reconocimiento del laudo de una distinción clara entre reconocimiento y *execuátur*. Se trata, en definitiva, de una actualización de los distintos modos –ya regulados en diversos Reglamentos europeos– en los que tanto el reconocimiento como el *execuátur* del laudo arbitral pueden hacerse valer.”¹⁴

14. Por tanto, a pesar de que las tres legislaciones se refieren al reconocimiento del laudo arbitral, cada una regula una cuestión distinta. El CNY trata las cuestiones mínimas que deben observarse para el reconocimiento del laudo y es tarea de las leyes nacionales, en el caso español de la LA, completar todos aquellos matices que no han sido establecidos por el Convenio. Ambas leyes versan mayoritariamente sobre cuestiones materiales, aunque haya artículos que versen sobre temas procesales¹⁵. Por su parte, la LCJI regula únicamente los aspectos procesales del procedimiento de *execuátur*.

II. La ausencia voluntaria del demandado en los distintos procedimientos

15. En el auto del TSJ de Madrid, sobre el que versa el presente texto, se plantea la cuestión de la rebeldía del demandado tanto en el procedimiento arbitral como en el procedimiento judicial. Se plantea previamente el Tribunal si esa ausencia del demandado se debe a una notificación defectuosa por parte de alguno de los órganos encargados de dirimir la cuestión, o si se trata de una situación que ha sido propiciada por la propia demandada.

16. A este respecto, el TSJ cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC en adelante) donde se expone, en relación con los órganos jurisdiccionales, que antes de acudir a la notificación por edictos el órgano judicial deberá aplicar todos los medios a su alcance para lograr la correcta notificación del procedimiento. Añade, además, con un extracto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/1996, de 8 de julio, que “(...), el deber de diligencia del órgano judicial no debe entenderse en términos tan amplios como para excusar la propia negligencia del destinatario de la comunicación (SSTC 80/1996, 81/1996 y 82/1996) o un comportamiento del mismo contrario a la buena fe (SSTC 78/1993, 100/1994, 227/1994 y 160/1995, por todas).”

17. En relación con el régimen de notificaciones en el procedimiento arbitral no dice nada, únicamente se limita a expresar que “(...) tampoco se advierte vulneración alguna, en cuanto a la tramitación del procedimiento arbitral, en el que la parte demandada, de igual manera, no compareció. (...) El Laudo, expresamente señala que: “... la parte demandada no participó en el arbitraje, a pesar de que

¹³ M. GÓMEZ JENE. *Arbitraje Comercial Internacional*. Primera edición, 2018. Ed. Civitas. Ref. Pág. 85.

¹⁴ M. GÓMEZ JENE. *Arbitraje Comercial Internacional*. Ref. Pág. 453.

¹⁵ Por ejemplo, el art. 37 LA establece el plazo, forma, contenido y notificación del laudo.

el Tribunal la invitó en numerosas ocasiones; del mismo modo, tampoco estuvo representada mediante asistencia legal.”. Asimismo, señala el auto que “*El Tribunal arbitral tuvo, respecto de la demandada, como domicilio, el que proporcionó: una dirección en Armenia (...)*”. Continúa con la exposición de los actos de comunicación llevados a cabo por el tribunal arbitral, los cuales se efectuaron tanto de manera telemática como por correo.

18. Sobre las notificaciones en el procedimiento judicial doctrina y jurisprudencia han tratado en suficiente profundidad la cuestión, por lo que es innecesario ahondar más en esa cuestión, por lo que al objeto de estudio que ocupa este texto se refiere. Basta señalar lo que el propio Tribunal indica en el auto al remitirse a la doctrina del TC y lo que se ha expresado unas líneas más arriba.

19. En cuanto a la problemática sobre notificaciones efectuadas en el procedimiento arbitral, ya se ha tratado el tema con mayor extensión en un artículo previo¹⁶. En el auto indica el TSJ que “*La parte demandada, al suscribir el contrato de préstamo, en el que se contenía la cláusula compromisaria, no podía desconocer que los conflictos que pudieran aparecer, en relación al cumplimiento del contrato, se dilucidarían ante el Tribunal de arbitraje internacional de Londres.*” Si se pone esto en relación con lo dicho en ese artículo precedente, se puede concluir que, efectivamente, las partes pueden acordar someter sus diferencias a arbitraje, pues la autonomía de la voluntad les confiere esa potestad.

20. Sin embargo, el hecho de que tengan libertad para acordar un extremo u otro, que sepan desde que firman el acuerdo arbitral cuál será el Tribunal que conocerá del litigio o que indiquen una dirección concreta a efectos de notificaciones, no exime al árbitro de su obligación de averiguar a través de todos los medios de que dispone de cualquier otra dirección o medio a través del cual proceder a las notificaciones de los actos de comunicación del procedimiento arbitral. No obstante lo anterior, es más difícil para el árbitro que para el juez realizar esas averiguaciones, pues carece de la potestad de dirigirse a Registros y organismos públicos para solicitar información, por lo que hay que valorar esa averiguación dentro del contexto concreto. En cualquier caso, la indefensión producida como consecuencia de una deficiente notificación debe ser material y producir un perjuicio real de los derechos de defensa de la parte.

21. A pesar de todo, de la letra del auto se puede extraer que la rebeldía en ambos procedimientos no se debió a una notificación defectuosa por parte ni del árbitro ni del juez, sino que fue la propia parte la que decidió no personarse. En este caso se produce una rebeldía voluntaria, con las consecuencias que de ello se derivan y que se expondrán a continuación.

1. Incomparecencia en el procedimiento arbitral

22. “*Si en el proceso civil decimos que la rebeldía es aquella situación procesal en que se encuentra el demandado como consecuencia de su falta de comparecencia al término del emplazamiento, en el proceso arbitral, en el que no hay emplazamiento, sino un procedimiento que comienza cuando se notifica a las partes, por escrito, la aceptación del arbitraje (art. 22.1 LA), la inactividad empieza desde el momento en que alguna de las partes no presenta sus alegaciones dentro del plazo fijado por los árbitros. Esta situación, equivalente a la incomparecencia (aunque antes se hubiese suscrito el convenio arbitral) se clarifica a partir del momento en que la parte inactiva realiza cualquier acto en el procedimiento que presuponga, de alguna manera, el conocimiento de su existencia.*”¹⁷

¹⁶ C.M. NORIEGA LINARES. “Derecho de defensa, desconocimiento del idioma y falta de notificación. El Orden Público Internacional y el *exequatur* de laudos arbitrales”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022). Vol. 14, nº 1. Págs. 791-808. Concretamente págs. 799-802.

¹⁷ J. VERGER GRAU. “La “rebeldía” en el arbitraje”. *Anuario de Justicia Alternativa*. Nº 2/2001, febrero 2001. Págs. 63-102. Ref. Pág. 63.

23. En el texto del auto se recogen los actos de comunicación llevados a cabo por el tribunal arbitral para notificar a las partes el comienzo del procedimiento arbitral. En primer lugar, envió un correo electrónico a ambas partes para solicitar la confirmación de la disponibilidad para una conferencia telefónica en la cual acordar el planteamiento del arbitraje y establecer los plazos del procedimiento. Asimismo, el Tribunal también comunicó a la parte demandada que la participación en esa reunión no constituía la aceptación de acudir a la vía arbitral y que, en todo caso, el arbitraje continuaría incluso en su ausencia. La parte demandada no contestó a este correo, por lo que se le volvió a citar nuevamente a través del mismo medio para una nueva reunión.

24. El 10 de julio de 2019 el Tribunal arbitral remitió por correo tradicional una copia de toda la correspondencia intercambiada desde el comienzo del procedimiento arbitral y se instaba nuevamente a la demandada a participar en una conferencia telefónica sobre el procedimiento que se celebraría el 17 de julio. El 15 de julio se entregaron los documentos a la parte demandada. Nuevamente, la demandada no participó en la conferencia telefónica.

25. El 21 de julio de 2019 el Tribunal informó a las partes de una carpeta en Dropbox en la que podían comprobar toda la documentación del procedimiento de arbitraje, así como descargar o añadir documentos a la carpeta. Un par de días más tarde el Tribunal envió por correo postal una copia de su OPI y de los plazos de arbitraje a la parte demandante. La compañía de correos confirmó la entrega a la demandada. Finalmente, el Tribunal le comunicó a la demandada el plazo máximo de contestación a la demanda y, en caso de silencio, se dictaría el laudo. La compañía de correos volvió a confirmar la recepción de esta notificación por la demandada. Por último, y puesto que la demandada no contestó ni aportó documentación adicional, el Tribunal arbitral dictó laudo.

26. El Tribunal arbitral notificó en reiteradas ocasiones y por diversos medios, no sólo el comienzo del procedimiento arbitral, sino todas las actuaciones sustanciadas y los pasos a seguir por la demandada, tales como plazos de contestación o archivos a los que adjuntar documentación. Por tanto, en tanto en cuanto que se confirmó la recepción de las notificaciones y, aun así, la demandada no ejerció su derecho a comparecer, se puede considerar que su incomparecencia fue provocada por ella misma y no por defectos en la notificación o fuerza mayor.

27. En estos casos, cuando la actitud de la demandada es pasiva en todo momento y su ausencia en el procedimiento se debe a otros motivos inherentes al propio comportamiento y no a una deficiencia en la notificación, es el art. 25 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional el encargado de resolver la cuestión de qué ocurre en estos casos.¹⁸

28. Como dice el precepto, si la rebeldía es del actor que inicia el arbitraje, el procedimiento se dará por concluido. Por el contrario, si esa rebeldía es de la contraparte, “(...) *el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante*”. Así pues, se continuarán las actuaciones incluso en ausencia del demandado.

29. Si bien queda constancia, porque así lo acredita la compañía de correos, que las notificaciones correspondientes han sido entregadas, todavía queda la duda de si ese hecho constituye verdaderamente un acto de inactividad por parte de la demanda. Ya se ha puesto de manifiesto que la incomparecencia del demandado se manifiesta al hacer cualquier acto que presuponga su conocimiento del procedimiento. De la letra del auto no se puede extraer que la contraparte haya realizado una actividad que induzca a pensar que tiene conocimiento del procedimiento, más allá de obtener las comunicaciones enviadas por correo ordinario, y no el telemático. En este supuesto, surge la cuestión de si esa notificación fue personal a la figura del demandado o a cualquier otra persona que viva en el mismo domicilio.

¹⁸ <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-arb-s.pdf>

30. A raíz de lo anterior, cabe preguntarse si esa ausencia de la demandada ha sido realmente voluntaria o fruto de una serie de circunstancias ajena a su propia voluntad. En caso de no ser voluntaria se podría concluir que se ha producido una situación de indefensión, pues no ha podido hacer valer sus derechos de defensa. Sin embargo, el Tribunal Supremo solventa la cuestión y expresa que “(...), *no cabe apreciar ninguna vulneración de los principios de audiencia, contradicción e igualdad que pudiera ser causante de indefensión, ni, de los derechos de defensa de la allí demandada, derivada de la falta de conocimiento de la existencia del procedimiento arbitral y de la designación del árbitro, o del transcurso de los diferentes trámites de alegación y defensa, pues habiendo quedado constatada la noticia de aquellos extremos, y, no quedando constancia de que el procedimiento arbitral se hubiese desviado de su ley rectora, se debe concluir que la demandada bien pudo oponer los motivos y medios de defensa adecuados, tanto en cuanto a la forma como al fondo, en el curso del procedimiento arbitral; siendo, en fin, su voluntaria falta de intervención en el mismo la que impide apreciar la falta de las debidas garantías, dentro del concepto de orden público en sentido internacional, visto su contenido netamente constitucional (SSTC 112/93, 153/93, 364/93, 158, 94 y 262/94, 178/95, 18/96, 137/96, 99 y 140/97 y 44/98 , entre otras muchas).*”¹⁹

31. Según el TS el hecho de haber sido notificada y saber cuál es la ley rectora del procedimiento arbitral son motivos suficientes para no considerar vulnerado el derecho de defensa. Sin embargo, puede haber otros aspectos que sí causen indefensión, como no darle audiencia al demandado o que las sesiones fuesen a horas que el demandado no pudiera acudir, esto vulneraría el derecho de defensa de la parte, incluso a sabiendas que el procedimiento existe y qué ley lo rige. Por tanto, habrá que estar a las demás circunstancias de cada caso para verificar el motivo de esa ausencia y si podría haberse evitado.

32. Por tanto, el mero hecho de recibir notificaciones, y quedar constancia de haber sido recibidas, es motivo suficiente para considerar que la parte ha sido debidamente notificada, al menos para la jurisprudencia española. Esto suscita diversas cuestiones, “(p)or un lado, *esta disposición faculta al tribunal arbitral para continuar con el procedimiento a pesar de la rebeldía del demandado, pero por otra parte, prohíbe a los árbitros dictar un laudo favorable al reclamante automáticamente. En otras palabras, el tribunal arbitral no tiene permitido elaborar conclusiones negativas debido a la inactividad del demandado.*”²⁰. Se abren así serias dificultades para el árbitro, que deberá resolver la cuestión sin parcialidades, aunque sólo obtenga información unilateral.

2. Incomparecencia en el procedimiento de *exequatur*

33. El CNY nada indica respecto los pasos a seguir cuando el demandado se ausenta en el procedimiento de *exequatur*. Es por ello que habrá que acudir a la normativa nacional para concretar una solución jurídica al problema planteado. En el supuesto español, hay que observar en primer lugar qué dice la LA, donde el art. 46.2 LA señala que el *exequatur* de laudos extranjeros “(...) *se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros*”. Así pues, ahora sí, se puede decir que por expresa remisión del art. 46.2 LA serán de aplicación las normas procesales civiles generales y especiales sobre el procedimiento de sentencias extranjeras.

34. Esta remisión a las normas procesales en materia civil conduce a la Ley de Enjuiciamiento Civil, más concretamente al art. 523, encargado de regular la ley aplicable al procedimiento de títulos ejecutivos en España²¹. El primer apartado reconduce la cuestión a los tratados internacionales y dis-

¹⁹ Auto del Tribunal Supremo 773/2001, de 13 de marzo de 2001. FJ 5 *in fine*. (ECLI:ES:TS:2001:773A).

²⁰ N. SIEVI. “Enfrentando al demandado en rebeldía: un reto para los árbitros y el reclamante”. Traducción de D. S. AGUIRRE ROSAS. *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*. N° 1. Vol. 3. Año 2015. Págs. 254-271. Ref. Pág. 258.

²¹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 08/01/2000. (BOE-A-2000-323)

posiciones legales sobre cooperación jurídica internacional y, en cualquier caso, a las disposiciones contenidas en la LEC para la ejecución de sentencias y títulos ejecutivos extranjeros. Gracias a la LA, esa remisión a las disposiciones de la LEC para ejecución de sentencias extranjeras se expande hasta los laudos extranjeros.

35. Asimismo, también es aplicable al procedimiento de *exequatur* la LCJI, tanto por remisión de la LEC como por su propia entidad, como ya se ha explicado en el primer epígrafe de este trabajo. Sin embargo, aunque la LCJI sea de aplicación al procedimiento de *exequatur* de los laudos extranjeros, el nuevo procedimiento de *exequatur* que instauró, y que sustituye al contenido en la LEC 1881, es de aplicación únicamente a las resoluciones judiciales. Esto se debe a que no se tuvo en cuenta que también se aplicará al *exequatur* del laudo arbitral extranjero y, como consecuencia, los artículos relacionados con este procedimiento deberán reinterpretarse para su correcta aplicación al reconocimiento del laudo²².

36. El precepto que se ocupa de regular el procedimiento de reconocimiento en la LCJI es el art. 54. En él se contienen las reglas necesarias para poder reconocer la sentencia arbitral. El único apartado del precepto que trata la cuestión de la rebeldía es el apartado 4 y versa sobre los documentos que tienen que acompañar a la demanda de solicitud de ejecución. En especial, el subapartado b) señala que se debe adjuntar el “(...) *documento que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente*”. Por ende, para corroborar que la rebeldía producida en el procedimiento arbitral fue causada por la propia voluntad de la parte y no por una deficiente notificación, se debe adjuntar la documentación correspondiente que pruebe que la contraparte fue notificada del procedimiento de arbitraje.

37. Una vez que se ha comprobado que la ausencia en el procedimiento arbitral es imputable a la parte y no por una mala actividad notificadora por parte del árbitro, se podría proceder a realizar el procedimiento de *exequatur*, pues no habría habido vulneración de los derechos de defensa. Sin embargo, en el supuesto del auto la ausencia también se produce en el procedimiento de reconocimiento. La parte demandada solicitó la suspensión del procedimiento en tanto en cuanto se dilucidaba si tenía derecho a la justicia gratuita, pues había solicitado este servicio.

38. Finalmente, se levantó la suspensión del procedimiento al habersele denegado la justicia gratuita y se le emplazó para que se personase asistida de la representación jurídica correspondiente. Sin embargo, no acudió, por lo que el procedimiento se desarrolló en su ausencia. Puesto que la LCJI guarda silencio en relación con la ausencia en el procedimiento de *exequatur*, serán las normas de la LEC las responsables de dirimir la cuestión. En este sentido, el art. 496 LEC indica que la declaración de rebeldía no se considerará en ningún caso allanamiento o admisión tácita de los hechos.²³

39. En este sentido, “*conviene recordar que la falta de contestación en tiempo a la demanda o la declaración de rebeldía no equivalen en ningún caso al allanamiento ni suponen reconocimiento de hechos, ni confesión, ni acarrear una “poena probati” para el demandado, teniendo que probar el actor igualmente los fundamentos de sus alegaciones, en definitiva, pues, la extemporaneidad o la falta de la contestación únicamente producen un efecto preclusivo respecto a la misma y sólo suponen la pérdida de esa posibilidad procesal, lo que no impide que el demandado comparezca en cualquier momento pudiendo proponer prueba, intervenir en la de la actora, recurrir etc, en definitiva, realizar cualquier actuación procesal en su defensa siempre que no haya precluido el momento procesal para hacerlo. Tal preclusión produce dos consecuencias: a) precluye la posibilidad de oponer excepciones,*

²² M. GÓMEZ JENE. “Arbitraje internacional y Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil”. *Diario La Ley* 6298/2014. Nº 8388, 30 de septiembre 2014. Págs. 1-11. Ref. Págs. 2-6.

²³ **Art. 496 LEC:** “1. *El Letrado de la Administración de Justicia declarará en rebeldía al demandado que no comparezca en forma en la fecha o en el plazo señalado en la citación o emplazamiento, excepto en los supuestos previstos en esta ley en que la declaración de rebeldía corresponda al Tribunal. 2. La declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario*”.

no sólo las procesales, sino también aquellas otras configuradoras de hechos extintivos, impeditivos, excluyentes o modificativos de la pretensión del actor (que, no obstante, mantiene la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la misma) y b) tampoco podría proponer otras pruebas que aquellas que pudieran afectar a los “hechos” de la demanda.”²⁴

40. Así pues, de todo lo dicho se puede concluir que i) la LCJI nada dice sobre la declaración de rebeldía en el procedimiento de reconocimiento, sino sólo en el arbitraje, por lo que es la LEC quien regulará la cuestión; ii) que la ausencia en el *exequatur* no supone ni un reconocimiento ni un allanamiento a los hechos alegados de contrario; y, por último, iii) que en todo caso, esa ausencia en el *exequatur* tiene efectos preclusivos, tanto de plazos para ejercitar derechos, como de pérdida de oportunidad de presentar alegaciones.

III. Cuestiones planteadas en el voto particular

41. El auto de *exequatur* reconoce el laudo inglés, por lo que tiene plenos efectos en España. Sin embargo, si bien esta es la opinión mayoritaria, al auto acompaña un voto particular que muestra su disconformidad con la decisión adoptada. En consecuencia, en el voto particular el magistrado hace una exposición de por qué considera que se debería haber denegado el reconocimiento del laudo.

1. Acción de anulación vs. Reconocimiento del laudo

42. En el voto particular se alude tanto a la acción de anulación como al reconocimiento de un laudo arbitral extranjero. Si bien no se tratan como si fuesen figuras equivalentes, sí se considera que los requisitos exigibles para una también deberían serlo para la otra. Así, por ejemplo, en relación con otro voto particular emitido por el mismo magistrado en otra sentencia señala que “(l) *a propia doctrina del Tribunal Constitucional –con los requisitos que en ella se contienen- anuda la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE a la ignorancia de postulados claros bien de la normativa de la Unión –(...)- bien a la jurisprudencia conteste del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esa doctrina constitucional ha de ser compatibilizada con la que define –(...)- el ámbito de anulación y, mutatis mutandis, el de la acción de reconocimiento de eficacia de un Laudo extranjero: (...)”.*

43. Contra un laudo arbitral no existe ningún recurso de apelación por el que se pretenda la revisión del laudo dictado, es por ello que la ley ha previsto la acción de anulación. Sin embargo, esa anulación no comporta una nueva instancia en la que poder modificar el contenido del laudo, pues únicamente cabe la posibilidad de obtener la nulidad parcial o total, ya que no es posible una revisión del fondo del laudo por parte del tribunal.²⁵ Por tanto, esta figura consiste en “(...) *el único proceso de impugnación de la validez del laudo arbitral contemplado en la Ley*”.²⁶ Es decir, a través de esta acción lo que se pretende es que el laudo arbitral sea declarado nulo. La acción de anulación se regula, en el Derecho español, en el art. 40 LA e indica que “(c) *ontra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título*”.

44. Señala el art. 41 LA los motivos por los que se puede solicitar la acción de anulación. Antes de entrar a numerar las causas que permiten solicitar la anulación, señala que el laudo sólo se puede anular a instancia de parte, esto es, el procedimiento para la anulación del laudo sólo puede ser promovido por las partes interesadas. Empero, si bien la potestad para iniciar el procedimiento sólo es a instancia de parte y éstas deberán alegar y probar los motivos enumerados en el precepto que sustentan su pretensión, el

²⁴ SAP Barcelona 202/2021, de 31 de marzo de 2021. FJ 2. (ECLI:ES:APB:2021:3270)

²⁵ M. GÓMEZ JENE. *Arbitraje Comercial Internacional*. Ed. Civitas (Thomson Reuters). 2018. Ref. Pág. 369

²⁶ M. GÓMEZ JENE. *Arbitraje Comercial Internacional*. (...). Ref. Pág. 367.

apartado 2 estipula que los motivos de los apartados b), e) y f) pueden ser apreciados de oficio por el tribunal que conozca de la acción o por el Ministerio Fiscal. Asimismo, también podrá solicitar esta acción un tercero cuando demuestre que tiene un interés cierto y legítimo en el resultado del arbitraje. Por tanto, ese tercero debe verse directamente afectado por la relación jurídico-material y probar que desconocía la existencia del procedimiento de arbitraje o que, a pesar de conocerlo, no se le permitió la intervención.²⁷

45. Dentro de esos motivos de anulación se ha señalado que el precepto indica tres que podrán ser apreciados de oficio. Éstos son cuando no se ha notificado debidamente la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o la parte no ha podido hacer valer sus derechos por cualquier otra razón, es decir, cuando se ha vulnerado el derecho de defensa de alguna de las partes; cuando los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, esto es, la arbitrabilidad de la materia; y, finalmente, cuando el laudo es contrario al orden público.

46. El Convenio de Ginebra (CG) también prevé como causa de anulación de un laudo la vulneración del derecho de defensa²⁸. Más concretamente, el artículo 9.1.b) CG ofrece la posibilidad a los tribunales del Estado en el que se dictó un laudo anularlo, lo cual constituirá causa de denegación del reconocimiento o ejecución de dicho laudo en otro Estado distinto. Tal anulación podrá sustentarse en que la parte que pide la anulación del laudo no ha podido, entre otras causas, hacer valer sus alegaciones o recursos. Si bien el CG no se refiere textualmente al derecho de defensa como tal, la imposibilidad de hacer valer alegaciones y recursos no es más que la plasmación de la vulneración de este derecho. Señala así el CG algo relevante en la acción de anulación, pues sólo podrán conocer de esta acción los tribunales del país en el que se haya dictado el laudo. Es decir, los tribunales españoles no podrán anular un laudo dictado en Italia, pues carecen de competencia para ello. Serán las normas procesales de cada territorio las que otorguen competencia a los tribunales nacionales para conocer de esta cuestión.

47. El Tribunal Constitucional (TC) señala que “(...) *la acción de anulación es el mecanismo de control judicial previsto en la legislación arbitral para garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas, tal control tiene un contenido muy limitado y no permite una revisión del fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una segunda instancia, pudiendo fundarse exclusivamente en las causas tasadas establecidas en la ley, sin que ninguna de ellas –tampoco la relativa al orden público– pueda ser interpretada de modo que subvierta esta limitación*”.²⁹

48. El TC reitera lo que se ha dicho hasta ahora sobre la acción de anulación y es que i) no es una nueva instancia, el tribunal no puede entrar a revisar el fondo del laudo, únicamente declarar la nulidad total o parcial; ii) es una acción que se promueve a instancia de parte; iii) los motivos son tasados y alegables por la parte; iv) aunque existen tres que son apreciables de oficio; v) además estas causas no se pueden, en ningún caso, interpretar de manera que esos motivos tasados se amplíen, ni siquiera mediante la alegación del orden público; vi) y, por último, son competentes los tribunales del Estado en el que se dictó el laudo.

49. Para conseguir que un laudo extranjero tenga plena eficacia en España los tribunales españoles deben examinar el documento y valorar si se cumplen los requisitos establecidos en el CNY y en la legislación española. De cumplirse, se reconocerá el laudo, en caso negativo, se deberá rechazar.³⁰ Este

²⁷ COULLAUT SANTURTÚN. “Artículo 40”, en ARIAS LOZANO. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Cizur Menor, 2005. Ref. Pág. 385. En la jurisprudencia: STSJ de Madrid, 27/06/2017 (ECLI:ES:TSJM:2017:7181); STSJ de Madrid, 24/04/2018 (ECLI:ES:TSJM:2018:3982). *Apud* M. GÓMEZ JENE. *Arbitraje Comercial Internacional*. (...) Ref. Pág. 369.

²⁸ Adherida España a través del Instrumento de Adhesión publicado en el BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1975, págs. 20985 a 20988. (Ref. BOE-A-1975-20601.)

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero de 2021, en recurso de amparo 3956-2018. FJ. 2 (ECLI:ES:TC:2021:17).

³⁰ https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmjMzNLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAms4nGDUAAAA=WKE (Visitada el 25/10/2022)

procedimiento recibe el nombre de reconocimiento o *exequatur*. “Es decir, la parte demandante solicita una resolución judicial que declare que el título extranjero (laudo) cumple con todas las condiciones para ser ejecutable en España; esto es, para constituir título con fuerza ejecutiva.”³¹

50. El Tribunal Supremo ha indicado que “(e)sta sala ha declarado con reiteración, como ya hiciese el Tribunal Constitucional en su ámbito de competencias (STC 132/91), que el procedimiento de *exequatur* tiene una naturaleza meramente homologadora en la medida en que con él se obtiene una resolución declarativa de la eficacia de la decisión extranjera en España, en principio con el alcance y contenido propio de los efectos que el ordenamiento de origen dispensa a dicha decisión, que de este modo puede hacerse valer en España con dicha extensión, alcance y contenido (...)”.³²

51. Hay que tener en cuenta que, aunque la ley habla del procedimiento de *exequatur*, reconocimiento y ejecución son dos figuras jurídicas diferentes. Se puede solicitar el reconocimiento de un laudo, sin que éste lleve aparejada la ejecución. Sin embargo, si se pide la ejecución de un laudo extranjero, éste deberá ser reconocido previamente, pues el tribunal debe someter a examen el título para comprobar que se ajusta a los requisitos establecidos por el CNY y la ley nacional.

52. Los motivos para denegar el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero se encuentran en el art. V CNY. El precepto se divide en motivos que deben ser alegados por la parte y motivos apreciables de oficio por el tribunal. Entre los primeros están que las partes estuviesen sujetas a alguna incapacidad al momento de realizar el acuerdo o que éste no fuese válido en virtud de la ley a la que está sometido; que se hayan vulnerado los derechos de defensa del demandado por notificación deficiente de la designación del árbitro o del procedimiento; que el laudo se extralimite y verse sobre diferencias que no estuviesen previstas en el acuerdo; que la constitución del tribunal arbitral o procedimiento no se ajuste a lo acordado por las partes; y, finalmente, que la sentencia no sea obligatoria entre las partes o que haya sido anulada o suspendida.

53. Por lo que respecta a los motivos apreciables de oficio, el art. V.2 CNY prevé dos causas. La primera es que el objeto de la diferencia no sea susceptible por vía de arbitraje según la Ley de ese país, es decir, que la materia objeto de arbitraje carezca de arbitrabilidad por no ser una materia de libre disposición. El segundo motivo es que el reconocer o ejecutar esa sentencia arbitral constituiría una vulneración del orden público de ese país.

54. Se puede apreciar que en ambas figuras la arbitrabilidad de la materia y el orden público son motivos de anulación o de denegación del *exequatur* del laudo. Sin embargo, no hay que confundirse y pensar que, puesto que ambos requisitos se contemplan en ambos procedimientos, el desenlace que deriva de su aplicación tiene las mismas consecuencias. En el primer caso, cuando se solicita la anulación del laudo lo que se pretende es dejarlo sin efecto y que, por tanto, no pueda ser aplicable en ningún Estado. Además, la anulación no podrá pedirse respecto un laudo extranjero, pues son los tribunales de la sede de arbitraje los competentes para conocer esta acción.

55. Por su parte, se podrá solicitar el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros. A través de esta declaración lo que se pretende es que el laudo sea reconocido como un título ejecutivo en el país en el que se insta el *exequatur*, que puede ser el mismo o no del de la sede de arbitraje, de forma que éste desplegará todos sus efectos jurídicos en ese Estado. En caso de denegarse el reconocimiento, el laudo todavía será válido y existirá en otros Estados, pero no en el que se ha denegado el reconocimiento. Por el contrario, cuando se anule el laudo éste dejará de existir a ojos de todos los Estados.³³

³¹ M. GÓMEZ JENE. *Arbitraje Comercial Internacional*. (...). Ref. Pág. 456.

³² Auto del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 2002, FJ. 5. (ECLI:ES:TS:2002:5445A)

³³ Salvo en Francia, que por una traducción e interpretación del art. V CNY que en la versión inglés decía “*may*” y en francés lo tradujeron como “*que si*”, la jurisprudencia francesa lo interpretó como que tienen la posibilidad de reconocer un laudo

2. Motivación del laudo

56. Se señala en el voto particular que se estaría ante una vulneración del art. 24 CE cuando en la acción de anulación o en el procedimiento de reconocimiento se aceptase un laudo con “*déficits de motivación constitucionalmente relevantes o abiertamente lesivos del orden público, (...)*”. Indica el magistrado que el arbitraje “*(...) como equivalente jurisdiccional que es, no puede sustraerse a los preceptos, principios y derechos constitucionales, entre ellos los derechos fundamentales que son de inexcusable observancia y de insoslayable control, real y efectivo, por parte de los Tribunales de Justicia; (...)*”.

57. Prosigue el texto e indica que de aceptarse este tipo de laudos no se condenaría la arbitrariedad, pues al carecer de motivación no queda justificado el tomar una u otra decisión. Añade además que esto “*(...) sucede cuando se formulan grandes declaraciones de principios en pro de la efectividad y de las garantías inherentes a una institución dignísima de fomento y protección como es el arbitraje para luego, en la práctica, reducirlas a una total inoperancia: la que se sigue de justificar la suficiencia de la motivación del Laudo poco menos que por el mero hecho de su existencia, y aun de su prolija existencia, diga el Laudo lo que diga, ignorando así la conteste doctrina constitucional sobre lo que reprobadamente es una “motivación aparente” y su asimilación a la inexistencia de motivación...*”.

58. Para contestar a la primera afirmación de que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, afirmación asentada por el TC, se va a seguir la más reciente doctrina constitucional, pues la línea interpretativa ha sido matizada. En este sentido señala el TC en su sentencia 65/2021 que “*(...) hay que advertir que extender la idea del arbitraje como «equivalente jurisdiccional» más allá de su equivalencia en cuanto a sus efectos, es decir, a la cosa juzgada y a su ejecutividad, es tanto como hablar de identidad entre resoluciones judiciales y arbitrales. Esta afirmación es inaceptable, pues ambos tipos de resolución de conflictos descansan sobre preceptos constitucionales distintos. Por ello, y por la confusión que pudiera generar la expresión «equivalente jurisdiccional», a la que se hace referencia en la citada STC 17/2021, el tribunal insiste en que la semejanza entre ambos tipos de decisión –judicial y arbitral– no alcanza más allá de aquellos efectos y en que el procedimiento arbitral no se puede ver sometido a las exigencias propias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), puesto que no es un procedimiento judicial, como tampoco los árbitros ejercen la jurisdicción, cometido de la competencia exclusiva de quienes integran el Poder Judicial (art. 117 CE). Por tanto, no están sujetos a los deberes y garantías que impone el art. 24 CE. Al contrario: cuando las partes de una controversia, en ejercicio de la autonomía de la libertad (art. 10 CE), deciden acudir al procedimiento arbitral, eligen sustraerse de las normas que rigen el procedimiento judicial (art. 24 CE) y también, claro está, al enjuiciamiento y valoración de los órganos judiciales, a quienes desde ese momento les está vedado el conocimiento del asunto”³⁴.*

59. Continúa el Alto Tribunal en la misma sentencia y precisa que “*(q)uienes se someten libre, expresa y voluntariamente a un arbitraje, como método heterónomo de solución de su conflicto, eligen dejar al margen de su controversia las garantías inherentes al art. 24 CE y regirse por las normas establecidas en la Ley de arbitraje. De esto se infiere que, si las partes del arbitraje tienen derecho a que las actuaciones arbitrales sean controladas judicialmente, es así porque de este modo está previsto en la norma rectora del procedimiento arbitral y solo por los motivos de impugnación legalmente admitidos para salvaguardar los principios constitucionales a que se ha hecho referencia (art. 41 LA). En consecuencia, la facultad excepcional de control del procedimiento arbitral y de anulación del laudo deriva*

que ha sido anulado en el Estado de origen. (F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ/ S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ. “Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales extranjeros anulados o suspendidos en el Estado de origen”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Marzo 2016. Vol. 8, nº 1. Págs. 11-124. Ref. Págs. 119-122.

³⁴ STC 65/2021, de 15 de marzo de 2021, FJ. 4 y 5. (ECLI:ES:TC:2021:65); esta idea del arbitraje como “equivalente jurisdiccional” se repite en las sentencias, también del Tribunal Constitucional, 46/2020, de 15 de junio de 2020, AH 2 (ECLI:ES:TC:2020:46); 55/2021, de 15 de marzo de 2021, AH 2, (ECLI:ES:TC:2021:55); y 17/2021, de 15 de febrero, FJ 2. (ECLI:ES:TC:2021:17).

de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de conflictos y no del art. 24 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva, «cuyas exigencias sólo rigen, en lo que atañe para el proceso –actuaciones jurisdiccionales– en el que se pretende la anulación del laudo y para el órgano judicial que lo resuelve» (STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 5).»

60. De lo anterior se puede extraer que el arbitraje sí es un equivalente jurisdiccional, pero no del todo. Esta equivalencia se da únicamente en la forma procedimental, es decir, ambos son procedimientos heterónomos en los que la decisión final del juzgador tiene fuerza vinculante para las partes, y en la fuerza de cosa juzgada que tienen ambas resoluciones³⁵. Sin embargo, esa fuerza proviene de postulados legales distintos, pues los jueces están revestidos de *imperium*, mientras que los árbitros tienen *auctoritas*³⁶. Esto quiere decir que el poder de los jueces viene dado directamente por el Estado, mientras que a los árbitros son las partes quienes les dan la potestad para dirimir su controversia mediante el uso de su autonomía de la voluntad. Así pues, considera el TC que no se debe exigir lo mismo a ambos tribunales, judicial y arbitral, pues su poder y designación descansa sobre preceptos constitucionales distintos.

61. El TC continúa la fundamentación jurídica de la sentencia 65/2021 y trata la cuestión de la motivación de los laudos arbitrales en base a esta línea argumental. En este sentido, indica el Tribunal que “(...), *el deber de motivación del laudo no surge del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que solo es predicable de las resoluciones emanadas del Poder Judicial, sino de la propia Ley de arbitraje, que en su art. 37.4 así lo exige.*” Es por ello que, a ojos del TC, el deber de motivación del laudo proviene de un precepto distinto al constitucional, por lo que las exigencias que se deben apreciar en un laudo para considerar si ha sido motivado, o no, serán también diferentes de aquellas exigibles en las sentencias.

62. Y es que “(...) *la norma constitucional relativa a la necesaria motivación de las sentencias y su colocación sistemática expresa la relación de vinculación del juez con la ley y con el sistema de fuentes del Derecho dimanante de la Constitución. Expresa también el derecho del justiciable y el interés legítimo de la sociedad en conocer las razones de la decisión judicial que se adopta, evitando que sea fruto de la arbitrariedad y facilitando mediante su expresión el control por parte de los órganos jurisdiccionales superiores en caso necesario (así, por ejemplo, STC 262/2015, de 14 de diciembre, FJ 3).*”

63. Señala el TC que la necesidad de motivar el laudo que impone la LA en el art. 37.4 no implica que el árbitro deba decidir sobre todos aquellos argumentos que las partes hayan presentado, ni tampoco que deba indicar en qué pruebas ha basado su decisión sobre los hechos o por qué ha preferido aplicar una norma en vez de otra. Indica el TC que “(...) *para determinar si se ha cumplido con el deber de motivación, basta con comprobar, simplemente, que el laudo contiene razones, aunque sean consideradas incorrectas por el juez que debe resolver su impugnación (STC 17/2021, de 15 de febrero, FJ 2)*”

64. Añade además que, puesto que el arbitraje se encuadra dentro de la autonomía de la voluntad de que disponen las partes y la libertad de los particulares (arts. 1 y 10 CE), “(...) *el deber de motivación del laudo no se integra en el orden público exigido en el art. 24 CE para la resolución judicial, sino que se ajusta a un parámetro propio, definido en función del art. 10 CE. Este parámetro deberán configurarlo, ante todo, las propias partes sometidas a arbitraje a las que corresponde, al igual que pactan las normas arbitrales, el número de árbitros, la naturaleza del arbitraje o las reglas de prueba, pactar si el laudo debe estar motivado (art. 37.4 LA) y en qué términos. En consecuencia, la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público.*”

³⁵ Por el contrario, mediación y conciliación son procedimientos autocompositivos, pues la resolución que deriva de cada procedimiento no es vinculante, además que en estos procedimientos el tercero no decide, únicamente acerca las posiciones de las partes, mientras que en el arbitraje el tercero sí resuelve la cuestión.

³⁶ <https://vlex.es/vid/independencia-imparcialidad-arbitros-50174052> (Visitado el 27/10/2022)

65. El TC puntualiza que el órgano judicial encargado de valorar ese laudo arbitral, ya sea en un procedimiento de *exequatur* o con la acción de anulación, “(...) *no puede examinar la idoneidad, suficiencia o la adecuación de la motivación, sino únicamente comprobar su existencia, porque, salvo que las partes hubieren pactado unas determinadas exigencias o un contenido específico respecto a la motivación, su insuficiencia o inadecuación, el alcance o la suficiencia de la motivación no puede desprenderse de la voluntad de las partes (art. 10 CE).*” Esta exposición mantiene la idea de que el *exequatur* o la anulación no son una instancia más en la que se pueda modificar el contenido del laudo. El tribunal se encarga únicamente de valorar la adecuación de ese laudo a las normas y principios estatales, asegurarse de que se han cumplido las formalidades procesales y materiales en el procedimiento arbitral y que el resultado de ese procedimiento, que adopta la forma de laudo, es conforme al Derecho nacional. No se trata de juzgar si la motivación ha sido más o menos acertada o si el tribunal lo habría hecho de igual manera, si las normas aplicadas han sido las más correctas o si se ha valorado como él lo habría hecho.

66. Según el Tribunal Constitucional, “(...) *en aquellos supuestos en los que el árbitro razona y argumenta su decisión, habrá visto cumplida la exigencia de motivación, (...)*”, por lo que un razonamiento o argumentación de la decisión adoptada sería suficiente para dar por satisfecha la exigencia de motivar que impone la LA. Añade, además, que el control que se hace por parte de los tribunales ordinarios de los laudos arbitrales y las que realiza el Tribunal Constitucional cuando revisa en amparo son en cierto modo similares, pues no son una nueva instancia. Señala que su función se limita “(...) *a comprobar que haya habido una actividad probatoria de cargo válida y que la resolución judicial no haya sido arbitraria, irracional o absurda (SSTC 96/2000, de 10 de abril, FJ 5, y 12/2004, de 9 de febrero, FJ 2), o lo que es lo mismo, debe controlar únicamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta (por todas, SSTC 123/2006, de 24 de abril, FJ 5; 245/2007, de 10 de diciembre, FJ 7, y 147/2009, de 15 de junio).*”

67. De todo lo expuesto por el TC se pueden extraer unas ideas principales que son: i) la equivalencia entre jurisdicción y arbitraje se queda únicamente en el tipo de procedimiento y en los efectos de cosa juzgada que despliegan ambas resoluciones; ii) el poder de jueces y árbitros viene dado por dos cauces distintos, por lo que no se puede aplicar el mismo baremo para valorar la actuación de unos y otros; iii) esto se traduce en que la motivación de la sentencia va a tener unos requisitos y presupuestos que no se le aplicarán al laudo, pues la necesidad de motivar la sentencia descansa en la Constitución, mientras que la motivación del laudo trae causa de una ley ordinaria; iv) la exigencia de motivar la sentencia judicial proviene de la vinculación del juez con la ley y el sistema de fuentes del Derecho, por lo que la motivación revierte en un interés de la sociedad por conocer los razonamientos seguidos para adoptar una decisión, de manera que se evite la arbitrariedad; v) por el contrario, el árbitro no tiene el mismo nivel de vinculación a la ley, por lo que se dará por motivado el laudo siempre que contenga un razonamiento suficiente, que no tiene que coincidir con el que habría seguido el juez; vi) lo anterior significa que la motivación más o menos extensa de un laudo no se incluye en el orden público, mientras que el de las sentencias sí; vii) además, las partes, en uso de su autonomía de la voluntad, podrían pactar los límites a los que se podría extender la motivación en el laudo; viii) en cualquier caso, el tribunal que conozca del *exequatur* o la anulación no es una nueva instancia, por lo que su actuación se verá reducida a examinar si hay un mínimo de razonabilidad en la decisión del laudo que aúna la actividad probatoria y el relato fáctico.

68. Si se pone en relación todo lo anterior con lo expuesto en el voto particular referente al déficit de motivación del laudo como motivo de vulneración del orden público, se puede concluir que jurisdicción y arbitraje no son lo mismo, por lo que no se les puede exigir a ambos juzgadores el mismo nivel de detalle a la hora de motivar su resolución. Ahora bien, eso no significa que el árbitro esté exento de esta obligación, pues debe haber, como mínimo, un razonamiento lógico que aúne la parte fáctica con la parte jurídica y que exista una correlación entre lo expuesto y lo decidido. En cualquier caso, el tribunal que conozca de la anulación o del *exequatur* no podrá hacer un juicio valorativo sobre el contenido del laudo, pues no es una nueva instancia que pueda modificar lo expuesto en la resolución arbitral. Así pues, el juez sólo podrá hacer un examen de los aspectos formales y materiales del laudo, pero no de lo comprendido en él.

3. Consumidores en el arbitraje y orden público internacional

69. El voto particular apoya su exposición y motiva el por qué de su desacuerdo con la opinión mayoritaria en que ha existido una vulneración del orden público internacional (OPI), pues se trataba de un arbitraje de consumo y se llevó a cabo a través de un tribunal arbitral no especializado. El texto del voto particular puede llevar a confusión, pues se refiere al OPI como el del foro o el patrio, pero no es hasta el final que especifica que ese OPI del foro al que se refiere es el español, y no el inglés. Por tanto, se van a dar unas notas básicas sobre el concepto para evitar confusiones futuras, aunque el texto pueda parecer poco claro.

70. Se debe partir de que el OPI es una excepción y su aparición constituye un elemento clave para aceptar o denegar el reconocimiento y ejecución de una resolución extranjera, en este caso, del laudo arbitral extranjero (art. V.2.b) CNY). Es un concepto jurídico indeterminado, dotado de contenido por los propios países en base a su moral, principios generales y normas imperativas nacionales³⁷. Aunque esto lleve a pensar que por este motivo el contenido será totalmente distinto, lo cierto es que la base que forma los principios clave de los Estados está constituida por los principios jurídicos que reflejan puntos esenciales de la economía, moralidad y cultura de la sociedad del foro.

71. Puesto que los Estados se crearon con modos de organizarse parecidos, las sociedades no distarán en gran medida las unas de las otras y los principios básicos serán muy similares, salvo alguna excepción propia de su sistema jurídico. El hecho de que su nombre contenga la nomenclatura de “internacional” no debe inducir a confusiones, pues en realidad es de corte nacional³⁸, ya que cada Estado cuenta con sus principios y normas imperativas particulares, las cuales constituyen el objeto de protección de esta excepción. Además, esta excepción protege la estructura fundamental del Derecho del país en el que se pretende insertar la resolución judicial o arbitral, no la del país del que proviene.³⁹ Por tanto, cada país tiene su propio orden público internacional nacional y éste deviene “internacional” porque se activa cuando se introduce una ley extranjera en el país cuyos tribunales conocen del asunto, los cuales deben garantizar la cohesión jurídica de su sociedad.

72. Además, este concepto se divide a su vez en otros dos que son el orden público internacional material y el orden público internacional procesal. Esta excepción opera cuando se intenta reconocer una sentencia o laudo en un Estado distinto de aquél en el que fue dictado. Sin embargo, sólo se podrá alegar cuando el reconocimiento o *exequatur* de la resolución choque “*de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental*”⁴⁰.

73. La sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio define ambas vertientes en base a reiterada jurisprudencia⁴¹. Por un lado, el OPI material está integrado por “*el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 157/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio, y 54/1989, de 23 febrero)*”. Por su parte, define el OPI procesal como “*el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal*”. Si bien es cierto que ambas definiciones constituyen un concepto bastante amplio que abarca un gran número de

³⁷ L.A. LÓPEZ ZAMORA. “Comentarios Sobre el Orden Público Internacional en sede arbitral internacional, su funcionalidad y su interrelación con el Derecho Internacional Público”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Octubre 2018. Vol 10, nº 2. Págs 516-535. Ref. Pág. 526.

³⁸ A.-L.- CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho Internacional Privado. Volumen I*. Decimoquinta Edición. Ed. Comares. 2014. Ref. Pág. 527.

³⁹ A.-L.- CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho Internacional Privado. Volumen I*. (...) Ref. Pág. 527.

⁴⁰ R. GONZÁLEZ GONZÁLEZ. “Límites a la construcción de un “Orden público europeo” en materia de derechos fundamentales (A propósito de la sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000, Krombach c. Bamberski)”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Año nº. 4. Nº 8, 2000. Págs. 593-618. Ref. Pág. 602.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio. (ECLI:ES:TC:2020:46)

supuestos, también lo es que no se trata de una excepción de fácil aplicación y justificación. Todo ello en aras al fomento de la libre circulación de resoluciones extranjeras por el espacio europeo.

74. En el auto objeto de estudio se señala que no se ha producido ninguna vulneración del OPI en su vertiente procesal, pues las notificaciones realizadas se adecúan al régimen establecido en España para las comunicaciones del tribunal con las partes. Es por ello que el tribunal considera que no ha habido vulneración del OPI procesal y que la ausencia de la demandada en el procedimiento arbitral fue voluntaria, por lo que no hay causa de denegación del laudo. Por el contrario, el magistrado del voto particular señala que, si bien no se produjo una vulneración del OPI procesal, lo que sí existió fue una vulneración del OPI material, pues se trataba de un arbitraje de consumo que no tuvo esa consideración.

75. El voto particular expone el régimen jurídico del arbitraje cuando intervienen consumidores en él. En este sentido, conviene recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha definido qué se debe considerar como empresa a través de reiterada jurisprudencia⁴². 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.

76. Para considerar que en el lado opuesto de la relación se encuentra un consumidor, éste debe actuar en un contexto ajeno a su actividad profesional y celebrar un contrato con un empresario, pues ha sido en el marco de la actividad profesional del segundo⁴³. Igualmente, el TJUE señala que el término “consumidor” ha de 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.

77. En el voto particular se manifiesta que ha quedado acreditado, y no se ha discutido, que se trataba de un contrato de préstamo formalizado por Prodigy Finance Limited, posteriormente cedido a la ahora actora, a favor de la demandada para que pudiese estudiar en Londres. Así pues, se cumplen los requisitos establecidos por el TJUE para considerar a una parte consumidora y a la otra empresaria. Además, prosigue el voto particular, se incluía en el contrato una cláusula arbitral, la cual no fue discutida entre las partes y estaba pre incluida.

78. Tal y como se afirma en el voto, el hecho de incluir una cláusula arbitral en un contrato con consumidores y que ésta no haya sido discutida individualmente por las partes, tiene la consideración de abusiva. Esta afirmación se desprende de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, más concretamente del art. 3 en el que se estipula que son cláusulas abusivas aquellas que no se hayan negociado individualmente, siempre que vayan en contra del consumidor por crear un desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes, y cuando la cláusula haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir en su contenido.^{44 45}

⁴² 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).

⁴³ STJUE de 2 de abril de 2020. *Reliantco*. Asunto C-500/18, FJ 45 a 47 (ECLI:EU:C:2020:264).

⁴⁴ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993, págs. 29 a 34. (COUE-L-1993-80525)

⁴⁵ **Artículo 3. 1.** Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. **2.** Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso

79. Esta Directiva ha sido, además, desarrollada en Derecho español a través de la Ley 7/1998 y en su Preámbulo establece que “(c) *cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares*”⁴⁶. El art. 8 de esta Ley señala que las condiciones generales que actúen en perjuicio del adherente serán nulas de pleno derecho.

80. El asunto C-70/2003 trata sobre la incorrecta interpretación que realiza el Gobierno español de la Directiva 93/13/CEE.⁴⁷ Aunque el caso no tiene mucha vinculación con lo que se trata ahora, es interesante el hecho de que se dice que “(s)egún el Gobierno español, de una interpretación integradora de las disposiciones nacionales relativas a la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas se desprende que tales normas son aplicables con carácter imperativo, (...)”. Por tanto, para España las normas sobre cláusulas abusivas tienen carácter imperativo, por lo que deben apreciarse y respetarse sea cual sea el contexto.

81. Como ya se ha expuesto, el OPI tiene dos vertientes, una procesal y otra material. Dentro del bloque material se encuentran, en palabras del TC, principios jurídicos absolutamente obligatorios, por lo que su no apreciación no puede obviarse en función de otras consideraciones, como podría ser el respeto a los derechos procesales. De esta forma, se puede concluir que, tal y como señala el magistrado en su voto particular, ha existido una violación del OPI material, por lo que el laudo no se debería haber reconocido en España.

IV. La auténtica causa de denegación: la arbitrabilidad.

82. Es bien sabido, y en este texto también se ha expresado, que el arbitraje se basa en la autonomía de la voluntad y que les corresponde a las partes la tarea de configurar cómo quieren que se desarrolle el procedimiento arbitral al que se van a someter. Esto es así porque las partes tienen libertad para decidir si quieren acudir a la vía arbitral para resolver los posibles conflictos que surjan a raíz de su relación privada.

83. No obstante, a pesar de que la base del arbitraje es la libertad de las partes para acudir a este método de resolución de conflictos, hay ciertas materias que quedan excluidas de esta potestad. En principio, son las legislaciones nacionales las que determinarán cuáles van a ser los derechos irrenunciables de los sujetos, aunque también es posible que la normativa internacional establezca algunos criterios. Sin embargo, “(s)i se considera, por ejemplo, que una materia tiene ramificaciones sociales importantes, o consecuencias que -aunque no sean importantes- afectan a partes que no han suscrito el acuerdo arbitral, es probable que la materia se tilde de inarbitrable. El motivo es claro: el arbitraje es un mecanismo privado de solución de controversias. En la medida en que el problema que se busque ventilar deje de ser privado (es decir, implique a terceros o un interés público), el arbitraje dejará de ser el instrumento idóneo.”⁴⁸

84. Lo anterior significa que hay ciertas materias y acciones sobre las cuales las partes pueden decidir y modularlas, o incluso renunciar a ellas, pues tienen la consideración de materias de libre dispo-

de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba. 3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

⁴⁶ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998. (BOE-A-1998-8789).

⁴⁷ Sentencia del TJUE, de 9 de septiembre de 2004. Asunto C-70/2003. FJ 29 (ECLI:EU:C:2004:505)

⁴⁸ <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5047666.pdf> (Ref. Pág. 13) (Visitada el 18/11/2022)

sición. En este sentido se dice que “(u)n derecho será disponible cuando no exista una prohibición expresa, implícita o proveniente de su propia naturaleza, para renunciar o realizarlo de una forma diversa a aquella prevista por la Ley”⁴⁹. Por ende, cuando estos derechos que dependen de la voluntad de las partes estén en juego, éstas van a poder decidir acudir a arbitraje. Por ejemplo, cuestiones relacionadas con la filiación no pueden ser objeto de arbitraje, ya que reviste un interés para la sociedad conocer quién es hijo de quién. Por el contrario, quién corra con los gastos de la logística en una compraventa internacional es algo que sólo es relevante para las partes, por lo que sí se podrían reclamar a través de un arbitraje.

85. Por tanto, aquellas materias sobre las que las partes puedan disponer a su libre albedrío se considerarán arbitrables. Por el contrario, cuando exista algún aspecto en la relación jurídica que tenga impacto sobre terceros o revierta en un interés público ya no se podrá considerar que esa relación afecte únicamente a las partes involucradas, sino que tiene proyección en otros aspectos o sujetos, por lo que la materia será inarbitrable.

86. La arbitrabilidad se divide a su vez en dos, por un lado está la arbitrabilidad subjetiva y por otro la objetiva. La primera de ellas se refiere a la capacidad que tiene la parte que posee la facultad de disponer el derecho u obligación objeto de litigio y que se pretende someter a arbitraje. Este tipo de arbitrabilidad se refiere a la capacidad para prestar consentimiento, ya que quien no dispone de un derecho no puede someterlo a arbitraje. La segunda modalidad, la subjetiva, es la “*idoneidad objetiva de una materia para ser resuelta en un proceso arbitral, para lo cual debe atenderse exclusivamente a las concretas peticiones o pronunciamientos solicitados por las partes*”⁵⁰.

87. Cada ordenamiento jurídico nacional establece, a través de su legislación, cuáles van a ser las normas que considera imperativas y cuáles son dispositivas. Dentro de las materias imperativas, “(s) e encuentran (...) aquellas materias vinculadas al ejercicio de la actividad pública, derivadas de la protección o tutela de las personas o las reglamentadas por normas imperativas. (...) Y aunque es verosímil que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su cariz arbitrable, ello sobrepasa el marco específico de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales.”⁵¹

88. Es necesario remarcar dos ideas clave del párrafo anterior, la primera es la imperatividad de normas derivadas de la protección o tutela de personas, y la segunda es la posibilidad que se da de convertir materias que, en principio serían arbitrables, en inarbitrables, pero a través de la legislación específica y no de la arbitral. Si se tiene esto en cuenta y se vuelve al caso objeto de estudio, la relación jurídica es entre un empresario y un consumidor y la Ley de Defensa de los Consumidores establece en su artículo 57.4, que versa sobre el sistema arbitral de consumo, que para los consumidores no tienen carácter vinculante los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto.⁵²

89. En el caso de autos, expone el voto particular, el convenio arbitral estaba ya predisposto en el contrato al momento de celebrarlo. Asimismo, no se acudió a un tribunal arbitral de consumo, sino que el arbitraje se llevó a cabo frente a un tribunal no especializado. En este sentido, al haberse

⁴⁹ <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1345/Algunas%20consideraciones%20sobre%20la%20noci%C3%B3n%20de%20arbitrabilidad.pdf?sequence=1#:~:text=2.1%C2%BA%20LA%2F2003%20define,subjetivos%20en%20litigio%5B37%5D>. (Párrafo 11) (Visitada el 18/11/2022)

⁵⁰ <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1345/Algunas%20consideraciones%20sobre%20la%20noci%C3%B3n%20de%20arbitrabilidad.pdf?sequence=1#:~:text=2.1%C2%BA%20LA%2F2003%20define,subjetivos%20en%20litigio%5B37%5D>. (Párrafo 6) (Visitada el 18/11/2022)

⁵¹ <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1345/Algunas%20consideraciones%20sobre%20la%20noci%C3%B3n%20de%20arbitrabilidad.pdf?sequence=1#:~:text=2.1%C2%BA%20LA%2F2003%20define,subjetivos%20en%20litigio%5B37%5D>. (Párrafo 13) (Visitada el 21/11/2022)

⁵² Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOE núm. 287, de 30/11/2007. (BOE-A-2007-20555)

incluido esa disposición de forma previa a la aparición del litigio, ésta no se considerará vinculante para el consumidor, además de no haber la sumisión a tribunales arbitrales no especializados cuando interviene un consumidor. Esto es así en aras a la protección de los consumidores, pues se encuentran en una posición de desventaja frente al empresario en una negociación. Todo ello deriva en que al intervenir un consumidor el arbitraje debe ser de consumo con carácter imperativo, pues el propio art. 57.1 señala que “(e)l Sistema Arbitral del Consumo es el sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios”. Y, puesto que la arbitrabilidad de la materia debe ser objeto de control previo al orden público, se debería haber denegado el *exequatur* por este motivo y no por el otro.

V. Conclusiones

90. El reconocimiento de un laudo no es una cuestión sencilla, pues el tribunal que conozca del *exequatur* deberá hacer un examen del laudo arbitral para asegurarse que se han cumplido todos los requisitos legales recogidos en el conjunto de su ordenamiento jurídico nacional, de manera que se han respetado los principios y normas imperativas que son de obligado cumplimiento, ya sean normas materiales como procesales. De esta forma, el juez también se cerciora de que los derechos que protegen a las partes en un procedimiento, ya sea judicial o arbitral, han sido respetados. Sin embargo, no se trata de una nueva instancia, por lo que el control no podrá ser sobre el fondo de la cuestión, de manera que el tribunal no podrá pronunciarse sobre lo recogido en el laudo, esto es, no podrá valorar el mayor o menor acierto de los preceptos aplicados o las conclusiones extraídas de éstos. A la luz de lo previsto en el auto y de lo tratado en este texto se pueden extraer una serie de conclusiones.

Primera. Un repaso del sistema de fuentes del Derecho español comienza a ser algo imperativo entre los miembros del cuerpo judicial. El hecho de aplicar habitualmente la normativa de producción interna no es óbice para desconocer los instrumentos desarrollados a nivel internacional, pues éstos también forman parte del ordenamiento español desde que se cumple lo establecido en el art. 1.5 del Código Civil, por lo que se debe ser consciente de esta realidad y conocer la posición que éstos ocupan dentro del sistema nacional. El Derecho Internacional Privado también existe y, debido a los movimientos de personas y bienes provocados por el fenómeno globalizador, su aparición es cada vez más frecuente. No se debe temer a las normas internacionales, pues están ahí para crear unidad y eliminar la inseguridad jurídica que podría derivar de desplazarse de un territorio a otro. Es tarea de los jueces nacionales ser conscientes de esta realidad y de la regulación que se le da, así que hay que abandonar la aplicación de normas internacionales por remisión, cuando el propio Estado en el que se incardinan ya las ha adoptado.

Segunda. El procedimiento de arbitraje se diferencia del procedimiento judicial en la voluntariedad del primero frente del segundo, es decir, las partes acuerdan libremente acudir a la vía arbitral para resolver sus conflictos. En caso de ausencia de una de las partes, o incluso de ambas, en el proceso arbitral, puede hacer surgir la cuestión de si esa voluntad de acudir a arbitraje ha quedado viciada de algún modo. Se podría alegar que una de ellas presenta desinterés en continuar esa vía y ni siquiera se persona. Aquí cabe plantear la cuestión de que las partes han decidido acudir de manera voluntaria a arbitraje, por lo que han acordado esta vía como la idónea para la resolución de su controversia. El hecho de que una de ellas no se manifieste en lo absoluto, a pesar de haber sido notificada y quedar constancia de esa notificación, ¿desvirtuaría la esencia de voluntariedad del procedimiento? En principio, ese deseo de acudir a arbitraje ya quedó plasmado en el momento en que se firmó el acuerdo arbitral, por lo que no sería necesario volver a prestar el consentimiento nuevamente al iniciar el procedimiento como una reiteración de voluntad. Por ello, del hecho de que la parte demandada no comparezca en el procedimiento arbitral, no se debe considerar como su desacuerdo al procedimiento arbitral ni como que éste ha perdido esa esencia de voluntarismo que caracteriza al arbitraje. En el caso de autos, el propio tribunal arbitral le indicó que acudir a esa primera reunión no se consideraba como que estaba de acuerdo con acudir a la vía. Incluso en su ausencia el procedimiento arbitral puede desarrollarse, igual que ocurriría en el procedimiento jurisdiccional. La dificultad se presentaría al árbitro, pues deberá resolver con imparcialidad, a pesar de que una de las partes no se ha manifestado en lo absoluto ni ha propuesto ningún tipo de prueba.

Tercera. No hay que confundir el procedimiento de *exequatur* con la acción de anulación del laudo arbitral, puesto que, aunque los motivos para denegar el reconocimiento o conceder la anulación puedan coincidir, las consecuencias que de uno u otro se derivan no van a tener el mismo impacto en la vida del laudo arbitral. La anulación del laudo lo “elimina” del mundo jurídico, deja de existir y no va a poder desplazarse y desplegar todos los efectos inherentes a él. Por el contrario, las consecuencias emanadas de la denegación del laudo sólo van a repercutir en ese Estado en el que se solicita el *exequatur*. Se puede decir que los criterios que debe seguir el tribunal para dilucidar la existencia o no de uno de los motivos previstos para denegar el *exequatur* o anular el laudo deben ser los mismos en ambos procesos, pero eso no significa que haya identidad entre los procedimientos o que las consecuencias derivadas de ellos sean idénticas. Asimismo, los laudos cuya anulación se promueva siempre serán nacionales, pues no cabe la posibilidad de anular un laudo extranjero por carecer de competencia los tribunales de otros Estados distintos del de la sede arbitral. Además, hay que tener también muy en cuenta que la lista de causas apreciables para anular o denegar el reconocimiento es una lista taxativa, es decir, es una lista cerrada. Utilizar criterios como el orden público internacional para ampliar esa lista e incluir otros aspectos que, de otra forma, no serían aplicables, sería una forma de viciar el sentido del concepto. No se puede alegar violación del orden público para incluir requisitos que no suponen un principio esencial o una norma imperativa del Estado. El tribunal no puede denegar el reconocimiento o anular un laudo y escudarse en el orden público internacional sin mayores explicaciones. El orden público internacional es un concepto jurídico indeterminado, pero no es una nebulosa oscura cuyo contenido es imposible de vislumbrar, pues doctrina y jurisprudencia se han encargado de dotarlo de contenido. Por tanto, no se debe trastocar este principio a gusto del tribunal para anular un laudo o denegar un reconocimiento sólo porque no sea de su agrado, pues si se hiciese, se estaría relegando el orden público internacional a una especie de cajón de sastre y dejaría de ser una excepción, para convertirse en la norma habitual utilizada sin mayor justificación por parte del tribunal.

Cuarta. Hay que tener cuidado al interpretar al TC en relación con la afirmación de que la motivación de los laudos no tiene relevancia para el orden público y que, por tanto, su presencia o ausencia no supone una vulneración de éste. Se dice del arbitraje internacional que es un sistema anacional, pues trasciende la esfera de un Estado por tener vinculación o conexiones con más de un país. Si bien esto es cierto, no lo es del todo. Aunque sean las partes quienes otorgan potestad a los árbitros para resolver la diferencia y es a éstas a quienes deben “lealtad” a la hora de decidir la cuestión, lo cierto es que la sede arbitral se incardina dentro de un Estado y al árbitro le interesa que su laudo no sea anulado y que viaje de Estado a Estado. De esta forma, va a adecuar su contenido a los principios de orden público estatales, que *grosso modo* son muy parecidos en los distintos países por el desarrollo histórico que han sufrido. Esto implica que va a motivar su laudo, al menos lo suficiente para cumplir con los requisitos mínimos nacionales y que, de esta manera, el laudo sobreviva al control judicial del *exequatur* o de la anulación. Esa motivación suficiente se hará en base a las normas de la sede arbitral y se ceñirá a lo considerado como mínimo en ese Estado, no en el país del *exequatur*. Es decir, el árbitro va a motivar su laudo en función de lo establecido en la ley de arbitraje nacional y, si nada indica, en función de las normas procesales estatales. Por tanto, es posible que existan distintos grados de motivación en los laudos en función del Estado de origen, pues los requisitos mínimos variarán en función de la normativa nacional de cada país. Esta diferencia en la motivación mínima que puede existir entre Estados es lo que no vulneraría el orden público internacional español, pues, tal y como dice el TC, es suficiente con que exista una relación lógica entre los hechos y los fundamentos jurídicos aplicados para considerar que existe motivación, aunque sea menos extensa que la proporcionada por laudos de origen español.

Quinta. Hacer recaer en las partes la decisión de cuánto de motivado quieren que sea su laudo podría parecer que, por un lado, se les confiere una potestad inmensa, ya que en cierto modo condicionan la actuación de los árbitros, y, por otro lado, se le priva al árbitro de su capacidad discrecional de decisión y valoración. Hay que partir de la base de que el arbitraje se sustenta en la autonomía de la voluntad de las partes y que son éstas las que pueden decidir cómo quieren configurar el procedimiento al que se van a someter. Con esto en mente se puede afirmar que es totalmente legítimo que las partes decidan también la motivación que quieren obtener por parte del árbitro, incluso la renuncia a que se motive. Ahora bien, el problema surge cuando las partes no hayan acordado nada en relación con la mo-

tivación. ¿El árbitro no motiva? ¿No tiene necesidad? ¿O aplicaría su leal saber y entender para motivar suficientemente? Y, si dicen que no quieren mucha motivación, ¿se motiva un poco o sólo sobre algunos aspectos con más relevancia? ¿Y quién decide cuáles son los puntos con más relevancia? Efectivamente, en el arbitraje prima la autonomía de la voluntad y las partes pueden pactar muchos extremos, desde designar al árbitro hasta decidir qué idioma quieren utilizar en el procedimiento. Aun así, en caso de no acordar alguna de estas posibilidades hay normas que señalan en una dirección u otra, y son las normas nacionales de la sede del arbitraje. Por tanto, el arbitraje no está totalmente desligado del Estado, para todo aquello no previsto por las partes, el árbitro acude a la ley nacional o a la ley aplicable designada y completa lo no decidido por las partes. Por ende, lo mismo ocurre con la motivación y el orden público, el árbitro va a motivar lo suficiente para que su resolución no vulnere los principios que conforman el orden público. Cuestión distinta es que esa motivación no satisfaga la opinión o los estándares motivacionales del juzgador que conoce del procedimiento de *exequatur* o de la acción de anulación. Sin embargo, esos estándares subjetivos del juzgador no son relevantes para dictaminar que ese laudo vulnera el orden público, ya que el *exequatur* o la anulación no son una nueva instancia en la que se pueda entrar a hacer valoraciones sobre el fondo. El arbitraje es y no es un equivalente jurisdiccional, por lo que no se le puede pedir exactamente lo mismo que a los jueces o a las sentencias, pero eso no quiere decir que tampoco deba existir un mínimo de motivación que justifique en cierta medida la decisión adoptada, porque, si no la hay, entonces sí se podría incurrir en arbitrariedades y eso también es contrario al orden público, salvo que las partes hayan renunciado expresamente a la motivación, en cuyo caso la ausencia de ésta sería válida.

Sexta. Se ha dicho en estas conclusiones que la emisión de voluntad para acudir a arbitraje se da en el momento en que se firma la cláusula arbitral, por lo que no es necesario reiterar ese deseo de acudir a la vía arbitral antes de comenzar el procedimiento. Pero esa sería la regla general aplicable para los arbitrajes celebrados entre partes que se encuentran en el mismo grado de influencia en el contrato y que lo han adaptado a sus intereses. Sin embargo, esta regla general no es adaptable al caso en el que el contrato se ha celebrado entre consumidor y empresario y, además, la cláusula arbitral estaba incluida en el contrato de manera predeterminada. La Ley es bastante proteccionista respecto de los consumidores, pero ello se deriva de su desventaja frente al empresario, por lo que la ley pone medios tendentes a equilibrar los derechos y obligaciones que atan a ambas partes. Ignorar este hecho constituye ignorar un principio básico de la contratación, tanto a nivel nacional como internacional. Es muy loable que el TSJ trate de mantener con vida ese laudo extranjero que busca introducirse en el ordenamiento jurídico español y ser aplicable. De este hecho se puede apreciar cómo el tribunal busca favorecer y aceptar el arbitraje internacional, de manera que se desplieguen los efectos expresados en el laudo. Ciertamente deben velar por favorecer la libre circulación de las resoluciones, ya sean arbitrales como judiciales, pero sobre todo deben proteger la integridad de la sociedad española. Esto se traduce en que deberán examinar ese laudo antes de darle el visto bueno e integrarlo en el ordenamiento jurídico español. El OPI no son sólo principios procesales, sino que también tiene normas imperativas y principios generales, cuyo respeto debe protegerse igualmente. En el momento en que una norma imperativa del ordenamiento español ha sido vulnerada por un laudo, por mucho aprecio que se tenga al sistema arbitral se le deberá denegar el reconocimiento y no introducirlo en el ordenamiento jurídico.

Séptima. El camino hasta que un laudo arbitral extranjero obtiene el reconocimiento en un concreto Estado es como una escalera y cada peldaño es uno de los motivos de denegación del reconocimiento y *exequatur* establecidos por el art. V CNY. Sin embargo, las partes no subirán solas los dos escalones finales, sino que irán acompañadas del juez, ya que estos dos últimos motivos también son apreciables de oficio. Se trata de la arbitrabilidad de la controversia y del orden público internacional y ambos deben ser respetados si se quiere conseguir que el laudo llegue a la cima y alcance el deseado *exequatur*. Estas dos causas apreciables de oficio deben respetarse en su integridad, aunque es posible que un laudo cumpla con uno de los motivos de denegación, pero que el otro sea vulnerado. Dos ejemplos ayudarán a ilustrar esta afirmación más fácilmente. Por una parte, se realiza un arbitraje entre una parte italiana y una española en relación a una compraventa internacional en el que se discute el incumplimiento de una de las partes por no pagar la totalidad del precio y se pretende reconocer el laudo en España. Sin embargo, se establecían en el contrato, y posteriormente se reconocen en el laudo, unos

intereses de demora que para España tienen consideración de usuarios. La materia es arbitrable, pero se ha vulnerado una norma imperativa para el Estado español, componente del orden público internacional nacional. Por otra parte, el procedimiento se puede haber llevado a cabo en presencia de ambas partes, con audiencia de ambos y el pronunciamiento ser conforme a Derecho, pero se resuelve un divorcio. En este caso, el OPI ha sido respetado, pero la materia era inarbitrable con arreglo al Derecho del Estado de destino del laudo. En cualquiera de ambos casos, el tribunal que conozca del procedimiento de reconocimiento deberá denegarlo y no reconocer el laudo arbitral. Así pues, se puede concluir que la arbitrabilidad y el orden público internacional es un control en dos pasos de obligada observancia, donde primero se verificaría que la cuestión litigiosa ha tratado sobre un derecho de libre disposición de conformidad con las normas del país del *exequatur* y, una vez que se ha comprobado que sí era arbitrable, examinar si también se respetan los principios del orden público internacional. Ya que, si el objeto de la diferencia no era arbitrable, por mucho que se respete el contenido del orden público internacional, el juez deberá denegar el reconocimiento.

La aplicación del artículo 1320 CC como orden público en el ordenamiento español. A propósito de la resolución de 31 de enero de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

The application of article 1320 CC as public policy in spanish law. Regarding the resolution of 31 january 2022, of the Directorate General For Legal Certainty and Public Faith

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido:25.11.2022 / Aceptado:17.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7582

Resumen: En la RDGSJyFP, de 31 de enero de 2022, se analiza si la venta de un inmueble, realizada por los tres copropietarios del mismo, necesita el consentimiento del cónyuge de uno de ellos por tratarse de la vivienda habitual de la pareja. La exigencia del consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda habitual puede venir impuesta por la ley rectora del régimen económico matrimonial o puede tener que aplicarse por formar parte del orden público del foro. En nuestro caso, el ordenamiento regulador de las relaciones patrimoniales de los cónyuges es el británico, en virtud de la primera conexión del artículo 9.2 CC, y, según el mismo, existe total libertad a la hora de que el cónyuge disponga de los bienes que son privativos de él. Por esta razón se plantea si puede exigirse el consentimiento del cónyuge no titular por la aplicación del artículo 1320 CC, como norma de orden público del ordenamiento español. Finalmente, se considera que el inmueble no constituye la vivienda habitual de la pareja y, por ello, no es necesario el consentimiento del cónyuge para que la venta del bien sea válida e inscribible.

Palabras clave: régimen económico matrimonial, orden público internacional, vivienda habitual, artículo 1320 CC.

Abstract: The RDGSJyFP of 31 January 2022 analyses whether the sale of a property, carried out by the three co-owners of the property, requires the consent of the spouse of one of them because it is the couple's habitual residence. The requirement of the consent of the spouse who is not the owner of the habitual residence may be imposed by the law governing the matrimonial property regime or it may have to be applied as part of the public policy of the forum. In our case, the law governing the property relations of the spouses is the British law, by virtue of the first connection of Article 9(2) CC, and, according to it, there is complete freedom for the spouse to dispose of his or her personal property. For this reason, the question arises as to whether the consent of the non-owner spouse can be required by application of Article 1320 CC, as a public policy rule of Spanish law. Finally, it is considered that the property does not constitute the habitual residence of the couple and, therefore, the consent of the spouse is not necessary for the sale of the property to be valid and registrable.

Keywords: matrimonial property regime, public policy, habitual residence, article 1320 CC.

Sumario: I. Hechos del caso; II. Ley aplicable al régimen económico matrimonial; III. Consentimiento del cónyuge no titular a la venta de la vivienda habitual, como cuestión de orden público internacional español; IV. Conclusiones.

I. Hechos del caso

1. La RDGSJyFP de 31 de enero de 2022, objeto de comentario, analiza la necesidad o no de consentimiento del cónyuge del vendedor de un inmueble, como requisito para proceder a inscribir la escritura de compraventa del bien sito en Palma de Mallorca y considerando que el inmueble fuera la vivienda habitual de la pareja¹.

En el caso, tres ciudadanos compran un inmueble, un hombre y dos mujeres, los tres son británicos, él está divorciado en ese momento de adquisición y ellas son solteras. Los tres, posteriormente, lo venden a un tercero. El notario que recoge en escritura pública esta última compraventa no encuentra motivos para no considerar válida la operación y, con ello, para que se inscriba en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, la registradora suspende la inscripción hasta que se conozca si la cónyuge de uno de los vendedores debía haber autorizado que su pareja vendiera el inmueble. Todo ello, porque según la ley rectora del régimen económico matrimonial puede ser posible que exista esta exigencia de consentimiento del cónyuge en relación con la vivienda habitual y que no se haya cumplido en el caso en cuestión. También, porque esta condición para disponer de la vivienda habitual forma parte del orden público español y podría alegarse frente a la aplicación de un Derecho extranjero que no la respetase.

En el supuesto, el vendedor en cuestión es británico -y su cónyuge también- y la ley rectora del régimen económico del matrimonio es la británica (art. 9.2 CC). Y, en Derecho español, tanto el de origen europeo -que en el caso no se aplica- como el de origen interno, se considera de orden público la disposición de la vivienda habitual por parte de uno de los cónyuges. Así, el Considerando 53 del Reglamento 2016/1103, dispone que “*Consideraciones de interés público, como la protección de la organización política, social o económica de un Estado miembro, deben justificar que se confiera a los órganos jurisdiccionales y otras autoridades competentes de los Estados miembros la posibilidad, en casos excepcionales, de hacer excepciones basadas en leyes de policía. Por consiguiente, el concepto de «leyes de policía» debe abarcar las normas de carácter imperativo, como las normas para la protección de la vivienda familiar. No obstante, esta excepción de la ley aplicable al régimen económico matrimonial habrá de interpretarse en sentido estricto, para que pueda seguir siendo compatible con el objetivo general del presente Reglamento*”². Por su parte, el artículo 1320 del Código Civil establece que “*Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe*”³.

2. Con los hechos enunciados anteriormente, las cuestiones que trata de dilucidar el Centro Directivo son dos. La primera de ellas es si el inmueble objeto de la compraventa es la vivienda habitual de uno de los vendedores. Dependiendo de la respuesta que se ofrezca a esta pregunta, se formulará una segunda, cual es, si, por ser la vivienda habitual de uno de los vendedores, se necesita el consentimiento de su cónyuge para disponer de ella. En este último interrogante, ese consentimiento de la pareja puede venir determinado en el Derecho rector del régimen económico matrimonial o puede venir impuesto por el Derecho del foro por que se trate de una cuestión de orden público.

¹ RDGSJyFP de 31 enero 2022, BOE núm. 41 de 17 febrero 2022.

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 económico matrimoniales, DOUE L183, de 8 julio 2016.

³ Preceptos similares existen en el ordenamiento francés -art. 215 del Código civil francés- o en el alemán -art. 1361.b del BGB alemán-. *Vid.*, en este sentido, A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple. Commentaire des Règlements (UE) n° 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant, Bruselas, 2021, p. 1029.

3. En este comentario vamos a centrarnos, fundamentalmente, en determinar el Derecho aplicable al régimen económico matrimonial y en estudiar el orden público internacional español en este caso.

II. Ley aplicable al régimen económico matrimonial

4. El ordenamiento regulador de las relaciones patrimoniales de los cónyuges es el que debe determinar si se necesita el consentimiento de la pareja para disponer de la vivienda familiar.

El notario recurrente pone de manifiesto que en este asunto debemos diferenciar entre esta ley y el Derecho que rige la propiedad y la posesión de los bienes (art. 10.1 CC), decantándose por la primera como la rectora de esta cuestión de la exigencia o no de consentimiento del cónyuge (Hecho Tercero). Para ello, el notario alude a la ubicación del artículo 1320 CC en la parte del Código Civil dedicada al régimen económico matrimonial (Título III CC). También, podría alegarse el Reglamento 2016/1103 que, siendo norma reguladora del régimen económico matrimonial, califica la protección de la vivienda familiar como ley de policía, aplicable, por tanto, siempre, con independencia de lo que disponga el ordenamiento rector del régimen económico matrimonial en el caso particular.

5. Teniendo claro que la ley que debe determinar si es necesario el consentimiento del cónyuge para poder vender el inmueble es la reguladora del régimen económico matrimonial, la siguiente cuestión a responder es precisamente esta, cuál es esa ley aplicable a las relaciones patrimoniales de los cónyuges.

En el caso no se incide mucho en ello, tanto el notario, como la registradora, como la DSJyFP, no tienen dudas respecto de que ese ordenamiento es el Derecho británico por aplicación del artículo 9.2 CC.

6. La Resolución no indica la fecha de celebración del matrimonio, lo único que afirma es que, en el momento de la compra del inmueble, el vendedor, ahora casado, se encontraba divorciado. La compra se celebró en el año 2010 y la venta se formalizó el 2 de septiembre de 2021. No sabemos, por tanto, si las nupcias fueron antes o después del 29 de enero de 2019, fecha de aplicabilidad del Reglamento 2016/1103. Debemos entender que el matrimonio se celebró antes de esta fecha porque en la Resolución se menciona que la ley aplicable es la ley británica y se alega el artículo 9.2 CC. Y, efectivamente, ese ordenamiento británico solo puede ser aplicable en virtud de la primera conexión del artículo 9.2 CC, que remite a la ley de la nacionalidad de los cónyuges en el momento de celebración del matrimonio. Si se hubiera aplicado el Reglamento 2016/1103, la conexión hubiera sido la primera residencia habitual después del matrimonio, la cual, con los escasos datos al respecto que aporta la Resolución, podríamos entender que se ubica en España (art. 26.1.a).

No planteamos en este comentario la cuestión relativa a la competencia internacional en relación con el régimen económico matrimonial porque no es elemento de discusión en el caso al no ser el objeto sobre el que debe pronunciarse el notario. Sin embargo, sí es oportuno destacar que, en relación con este sector del Derecho Internacional Privado, el Reglamento europeo no sería aplicable porque esta norma no la van a utilizar los notarios para conocer si son competentes en un determinado supuesto de régimen económico matrimonial. En efecto, el criterio que utiliza el legislador para saber si una autoridad puede ser considerada órgano jurisdiccional en el marco del Reglamento es el desempeño de la función jurisdiccional (art. 3.2). Así es, las autoridades o profesionales que desarrollen una función jurisdiccional en esta materia de regímenes económico matrimoniales, bien de forma directa, o bien por delegación de poderes de un órgano judicial, serán considerados órganos jurisdiccionales a estos efectos y, con ello, aplicarán el Reglamento para saber si tienen competencia en la materia objeto de regulación por el mismo.

El Reglamento se encarga de aportar cuatro elementos para definir el ejercicio de la función jurisdiccional. En el artículo 3.2 se da contenido a esta función con estos cuatro requisitos: 1) imparcialidad de la autoridad; 2) respeto del derecho de las partes a ser oídas en el proceso; 3) resolución dictada por la autoridad, recurrible ante un órgano judicial; 4) resolución dictada por la autoridad, con los mismos efectos que una decisión judicial. Con la definición anterior surge la duda acerca de si los notarios, con competencias en materia de regímenes económico matrimoniales en algunos ordenamientos euro-

peos, se pueden considerar órgano jurisdiccional a efectos del Reglamento. El propio legislador europeo alude a los notarios en este sentido para afirmar que ellos se registrarán por las normas de competencia del Reglamento si se puede considerar, según la ley del Estado donde ejercen, que son órganos jurisdiccionales en el sentido de la norma (Considerando 30).

Teniendo en cuenta los cuatro requisitos mencionados, los notarios en España no ejercen función jurisdiccional⁴. Entre otras razones, porque sus resoluciones no gozan del efecto de cosa juzgada, que sí tienen las resoluciones judiciales⁵. Sin embargo, en el marco del Reglamento 650/2012, el Gobierno español ha comunicado a la Comisión que, en determinadas cuestiones, los notarios son *tribunal* y, según este Reglamento sucesorio europeo, el concepto de *tribunal* es el mismo que el de órgano jurisdiccional del Reglamento de régimen económico matrimonial (https://e-justice.europa.eu/content_succecion-166-es.do?clang=es). No obstante lo anterior, el Gobierno español, en relación con el régimen económico matrimonial, ha informado de que en nuestro país se consideran órganos jurisdiccionales solo a las autoridades judiciales, excluyendo, así, a los notarios (https://e-justice.europa.eu/content_matters_of_matrimonial_property_regimes-559-es-es.do?member). Por lo anterior, el Reglamento no se utilizaría para conocer el notario español competente en un supuesto de relaciones patrimoniales de los cónyuges, y esto es así, no por fecha de aplicabilidad de la norma, sino porque el Reglamento no se aplica a los notarios en este punto.

7. Situados, por tanto, en el marco del artículo 9.2 CC, la ley aplicable al régimen económico matrimonial es la de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de celebración de las nupcias. En la Resolución comentada se menciona que, por aplicación del artículo 9.2 CC y teniendo en cuenta la nacionalidad del vendedor, la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales de pareja es el ordenamiento británico⁶.

La única alusión que realiza el artículo 9.2 CC a la ley personal -ley nacional- se encuentra en la primera conexión del precepto, la que remite a la mencionada ley personal común de los cónyuges. Bien es verdad que, también, en la segunda conexión se admite la autonomía de la voluntad y se permite que los cónyuges puedan elegir, entre otras, la ley personal de cualquiera de ellos para regir su régimen económico matrimonial, sin embargo, en el caso no es controvertido el hecho de que no existe ningún acuerdo de los cónyuges en este sentido. Por todo ello, sabiendo que la esposa del vendedor también es nacional británica, la ley rectora de las relaciones económicas de la pareja es la ley británica por ser la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraer el matrimonio.

⁴ 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. 312.

⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 54; P. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, “Los documentos notariales en los nuevos Reglamentos europeos: el Reglamento de sucesiones y la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y la de efectos patrimoniales de las parejas registradas”, en M. FONT I MAS (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2014, p. 211.

⁶ En la Resolución no se indica nada acerca del ordenamiento británico que sería aplicable en el caso. Como sabemos, Reino Unido es un ordenamiento plurilegislativo y si la norma de conflicto española remite a este Estado, se debería concretar cuál de los Derechos coexistentes en Reino Unido sería el aplicable al supuesto. En nuestro caso, al ser la norma de conflicto aplicable el artículo 9.2 CC, el precepto 12.5 CC será el que resuelva este problema de remisión a ordenamientos plurilegislativos estableciendo que la legislación del Estado en cuestión -Reino Unido- será la que determine qué ordenamiento británico es el rector.

Si fuera aplicable el Reglamento 2016/1103, el artículo 33 de la norma ofrece la misma solución a esta cuestión, si bien, a diferencia de lo que indica el artículo 12.5 CC, en el caso de que la legislación del Estado al que remite la norma de conflicto española no diga nada al respecto, el Reglamento aporta reglas subsidiarias de determinación del ordenamiento aplicable.

En el ordenamiento británico sí existen normas de Derecho interregional, por lo tanto, la respuesta habría sido la misma tanto si estamos situados en el marco del artículo 9.2 CC como si hubiéramos estado bajo la cobertura del Reglamento.

Vid., en relación a la remisión a ordenamientos plurilegislativos, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Problemas de aplicación en el Reglamento sucesorio europeo”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 498-526; ID., “Problemas de aplicación de las normas de conflicto del Reglamento Sucesorio Europeo” en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *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.

8. En ninguno de los ordenamientos que conviven en Reino Unido existe una regulación de régimen económico del matrimonio tal como se conoce en los países del Civil Law. Por esta razón, los operadores jurídicos en España asimilan las reglas británicas de reparto del patrimonio tras la disolución del vínculo nupcial al régimen de separación de bienes español. En este sentido, el inmueble es propiedad privativa del vendedor, ya que, además, lo adquirió cuando estaba divorciado de su primera esposa y aún no estaba casado con la segunda.

Según indica la Resolución, en Derecho británico no existe ninguna limitación legal a la disponibilidad de los bienes privativos por parte del cónyuge propietario de los mismos (Hechos III). Podría haberla de tipo convencional, esto es, por acuerdo de los cónyuges al respecto, a través, entre otras, de la figura del “constructive trust”. Efectivamente, los esposos pueden acordar que el cónyuge no propietario de la vivienda habitual pueda tener que dar su consentimiento a la venta de la misma por parte del cónyuge titular del inmueble, en los casos en los que el primero haya contribuido, directa o indirectamente, a la adquisición de la vivienda por parte del segundo (Hechos II). En relación con esta figura, la DGSJyFP no reflexiona demasiado porque, al igual que el notario, considera que en el caso es un hecho “conjetural” que no se ha probado que exista (FD).

9. Aplicando el Derecho británico, por tanto, no existiría ninguna limitación a la disposición del inmueble por parte del vendedor. Ahora bien, la pregunta inmediata es si la habría por la aplicación del orden público internacional español.

III. Consentimiento del cónyuge no titular a la venta de la vivienda habitual, como cuestión de orden público internacional español

10. Como ya se ha puesto de manifiesto, no es controvertido que en el Derecho británico aplicable no existe ninguna limitación respecto del cónyuge titular en relación con los bienes que son privativos de él. También, la posible interferencia convencional que pudiera haber a esa libre disposición, instrumentalizada a través de un “constructive trust”, se ha desechado por considerarse un hecho “conjetural” que no ha sido probado. Incluso, en relación con esto último, el notario argumenta que es muy improbable que exista esta figura en el caso porque la actual cónyuge del vendedor no era esposa del mismo en el momento de la adquisición del inmueble, momento en el que el sujeto se encontraba divorciado de su primera esposa. Por esta razón, argumenta el notario, difícilmente se va a poder constituir un “constructive trust” entre los ahora cónyuges si la esposa, con toda probabilidad, no habrá contribuido, directa o indirectamente, a la adquisición del inmueble por parte del vendedor por el hecho de que, en ese momento, no estaban casados. Además, la adquisición del bien la realizan tres personas, el vendedor y dos mujeres británicas solteras, por lo que también es altamente improbable que el inmueble pueda ser considerado vivienda habitual del vendedor.

Debemos estar de acuerdo con el notario en que es improbable que el inmueble sea la vivienda habitual de uno de los vendedores al ser tres los copropietarios del mismo. Sin embargo, no sería inverosímil que la actual cónyuge del vendedor hubiera podido contribuir, directa o indirectamente, a la adquisición del inmueble. Así es, el hecho de que en el momento de la adquisición del inmueble el ahora vendedor no se encontrara casado no impediría que su cónyuge actual pudiera ser ya pareja en aquel momento y hubiera podido participar en la compra del inmueble. En todo caso, no se prueba que exista ese hipotético “constructive trust”.

11. En este punto, sabiendo que el Derecho británico aplicable no exige que el cónyuge deba prestar consentimiento a la venta del inmueble privativo de su pareja, incluso aunque fuera la vivienda habitual de los esposos, quedaría analizar si en el ordenamiento español el artículo 1320 CC es un precepto de orden público que deba ser aplicado siempre, independientemente de lo que disponga la ley rectora.

12. La Dirección General afirma que “[...] *el precepto prohíbe el ejercicio de todo derecho que suponga atentar, bajo cualquier forma, contra el goce pacífico del inmueble en que los cónyuges*

han fijado el alojamiento familiar. La función normativa se encuentra en la necesidad de asegurar al otro cónyuge y, a través de él, a la familia el espacio propio de convivencia frente a aquellos actos de disposición unilaterales que pudiera llevar a cabo el cónyuge propietario de la vivienda o titular de un derecho sobre ella, al que se impide cualquier actuación que pueda privar al consorte del uso compartido de este bien”⁷.

En relación con el ámbito de aplicación del artículo 1320 CC, el precepto habla “[...] de «disponer de los derechos sobre la vivienda», por lo que tales derechos pueden ser tanto de carácter real como personal, y en consecuencia los cónyuges tendrán que actuar de consuno para enajenar la propiedad, extinguir el usufructo o cualquier derecho, en virtud del cual se habite la finca y no pueda continuarse la habitación; no cabe renunciar al arrendamiento o realizar cualquier acto que genere la pérdida del derecho a ocupar la vivienda”⁸.

El artículo 91 RH, citado en la Resolución, especifica que si la ley aplicable exige el consentimiento del cónyuge, la inscripción del acto de disposición sobre el inmueble requerirá una manifestación del disponente en la escritura en relación a que el bien no se trata de la vivienda habitual del matrimonio. Con esto habría sido suficiente, con una simple manifestación del disponente en este sentido (FD Primero de la RDGRN de 10 noviembre 1987, RJ\1987\8733)⁹.

La finalidad del artículo 1320 CC “no es otra que la de evitar que por un acto dispositivo realizado por un cónyuge sin consentimiento del otro o sin la autorización judicial supletoria tengan el no disponente o los componentes de la familia que abandonar una vivienda para cuya ocupación existía título jurídico suficiente, lo que exige examinar si una cuota pro indiviso del bien dispuesto da derecho a ocuparlo en su totalidad”¹⁰.

13. Teniendo en cuenta todo lo anterior, se puede concluir que el artículo 1320 CC es orden público¹¹. A nivel interno, se aplica con independencia de cuál sea el régimen económico matrimonial aplicable¹². En la Resolución objeto de comentario no se cuestiona esta afirmación. Y, en la actualidad, con el Reglamento 2016/1103, cualquier duda que pudiera haber al respecto desaparece. Así es, como ya se ha mencionado, la norma europea considera que este aspecto, *la protección de la vivienda familiar*, es una ley de policía que debe ser aplicada siempre, independientemente de que el ordenamiento rector del régimen económico matrimonial la contemple (Considerando 53)¹³. Y la jurisprudencia del TS considera el artículo 1320 como una norma de protección de la vivienda familiar¹⁴. Así lo establece cuando afirma que “*La doctrina, a su vez, considera que con dicho artículo se pretende conseguir la protección de la vivienda, y por ello se protege a uno de los cónyuges contra las iniciativas unilaterales del otro; alguna parte de la doctrina señala que en el fondo de la norma se encuentra el principio de igualdad, que se proyecta en un doble sentido: en el consenso para la elección de la vivienda y en el control de ambos cónyuges para su conservación. El consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión*

⁷ RDGSJyFP de 29 octubre 2020, RJ\2020\5468, FD 3. *Vid.*, también, la Resolución comentada.

⁸ STS de 31 diciembre 1994, RJ\1199\1994, FD Segundo.

⁹ *Vid.*, también, RDGSJyFP de 29 octubre 2020, RJ\2020\5468, FD 4. En esta Resolución se indica que “*es necesario que el cónyuge disponente manifieste en la escritura que tal vivienda no constituye la vivienda habitual de la familia (salvo que se justifique fehacientemente de otro modo que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia), pues, de lo contrario, es obligado que medie el consentimiento de su consorte, o la pertinente autorización judicial supletoria*”.

¹⁰ RDGSJyFP objeto de comentario; RDGRN de 27 junio 1994, RJ\1994\4921, FD Primero.

¹¹ *Vid.*, en relación con el orden público, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, T. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 754-798.

¹² RDGSJyFP de 29 octubre 2020, RJ\2020\5468, FD 4; STS de 31 diciembre 1994, RJ\1199\1994, FD Segundo.

¹³ “*Las Leyes de policía son disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de ser aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al régimen económico matrimonial en virtud del presente Reglamento*” (art. 30.2 Reglamento 2016/1103). Las leyes de policía que deberían aplicarse son las del foro, en nuestro caso, el artículo 1320 CC (art. 30.1 Reglamento 2016/1103).

¹⁴ STS de 3 enero 1990, RJ\1990\31, FD Segundo; STS de 31 diciembre 1994, RJ\1199\1994, FD Segundo; STS de 8 octubre 2010, RJ\2010\7445, FD Quinto; STS de 6 marzo 2015, RJ\2015\1104, FD Cuarto.

desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real. El consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como “declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno -es decir, concluido por otro- por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte”, siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión” (STS de 6 marzo 2015, RJ\2015\1104, FD Cuarto).

Este derecho del cónyuge a que se recabe su consentimiento para los actos de disposición de la vivienda habitual es oponible frente a terceros. En efecto, el TS, en un caso particular de atribución judicial de la vivienda habitual al cónyuge no titular de la misma, califica el derecho de este sujeto a autorizar la disposición que realice su pareja del inmueble como derecho patrimonial, inscribible en el Registro de la Propiedad y oponible frente a terceros¹⁵.

14. La DGSJyFP no llega a profundizar en este aspecto del orden público del artículo 1320 CC porque desde el principio descarta la idea de que el inmueble litigioso constituya la vivienda habitual de vendedor y su esposa. Esta conclusión la sostiene en el hecho de que el inmueble es propiedad de dos mujeres solteras más, por lo que, el disfrute en su totalidad del bien por parte de los tres propietarios solo podría hacerse por períodos intermitentes, lo cual impide dotar a la vivienda del carácter de habitual para alguno de los copropietarios. El Centro Directivo lo expresa en estos términos: *“En el caso concreto de una vivienda su uso viene determinado por el destino propio de ese especial objeto y las condiciones de intimidad que la convivencia familiar lleva consigo, lo que impone consecuencias insoslayables. Excluida la posibilidad de que la cuota de un partícipe atribuya el derecho al uso total y exclusivo de la vivienda porque impediría al otro utilizarla conforme a su destino, y teniendo en cuenta que el carácter de vivienda habitual y familiar –que es lo que la ley trata de proteger–, no puede predicarse de la que ocupan simultáneamente las familias de los partícipes –porque por su propia esencia ese uso no puede realizarse por cada una de ellas sobre la vivienda en su totalidad–, no queda otra posibilidad para que los comuneros puedan usar la cosa común que la existencia de un pacto entre ellos, que en el caso sometido a debate no se demuestra que exista, pero que si hubiese existido no podría ir más allá de permitir el uso en períodos discontinuos, lo que pone de relieve -por la pluralidad de viviendas que debería tener a disposición cada uno de los comuneros- que ninguna de ellas tendría el carácter de singular que exige la habitualidad”* (FD)¹⁶. En otra resolución se afirma que *“Además, debe subrayarse en el presente expediente que al deudor le pertenece no toda la vivienda sino sólo una tercera parte indivisa que fue adquirida por herencia. Es doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 10 de noviembre de 1987 y 27 de junio de 1994) que debe excluirse la posibilidad de que la cuota de un partícipe atribuya el derecho al uso total y exclusivo de la vivienda porque impediría a los otros utilizarla conforme a su destino. Se afirma además que el carácter de vivienda habitual y familiar –que es lo que la Ley y en concreto el artículo 1320 del Código Civil trata de proteger– no puede predicarse de la que ocupan simultáneamente las familias de los tres partícipes porque por su propia esencia ese uso no puede realizarse por cada una de ellas sobre la vivienda en su totalidad, con menor motivo podrá exigirse para un embargo la notificación al cónyuge del titular de una tercera parte indivisa que ni siquiera lo es en comunidad con su consorte”* (RDGRN de 23 julio 2011, RJ\2011\6412, FD Quinto)¹⁷.

La DGSJyFP, sin embargo, en una Resolución de 29 de octubre de 2020, se muestra flexible a la hora de determinar si una vivienda puede considerarse residencia habitual¹⁸. Efectivamente, el Centro Directivo indica que *habitual* no es equivalente a *permanente* pero sí a *alto grado de continuación temporal*.

¹⁵ STS de 6 marzo 2015, RJ\2015\1104, FD Cuarto; STS de 14 enero 2010, RJ\2010\2323, FD Tercero; STS de 8 octubre 2010, RJ\2010\7445, FD Cuarto; RDGRN de 10 de octubre de 2008. En este caso, el titular del derecho de uso de la vivienda era el titular del inmueble, por lo que no era necesaria la inscripción de la limitación a la disposición del bien. Esta Resolución también recuerda que los hijos son beneficiarios del derecho de uso de la vivienda pero no titulares del mismo. En este mismo sentido, RDGRN de 14 de mayo de 2009, RJ\2009\3006, FD Cuarto.

¹⁶ *Vid.*, en el mismo sentido y en relación a una pareja de hecho conforme a la Ley 5/2012, 15 de octubre, sobre uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, la RDGRN de 18 noviembre 2015, RJ\2015\613, FD 2.

¹⁷ *Vid.*, también, RDGRN de 27 junio 1994, RJ\1994\4921, FD Primero

¹⁸ RDGSJyFP de 29 octubre 2020, RJ\2020\5468, FD 6.

Destaca, también, que el hecho de que la legislación no defina el concepto de residencia habitual puede generar problemas en estos asuntos relativos a la aplicación del artículo 1320 CC. La Dirección General establece que se ha de analizar el caso concreto porque hay familias, por ejemplo, que tienen diferentes residencias alternativas a lo largo del año. Aplicado a nuestro caso, lo anterior no sería incompatible con el hecho de que los diferentes comuneros disfruten de la propiedad común de manera alternativa y por períodos más o menos largos. Ahora bien, una cosa es que la familia pueda tener varias residencias y otra es que el mismo inmueble sea disfrutado, por períodos de tiempo intermitentes, por diferentes familias y constituya vivienda familiar, al menos, para una de ellas. Estamos de acuerdo, por tanto, con la afirmación del notario y de la DGSJyFP acerca de que no parece razonable pensar que el bien litigioso sea la residencia habitual de uno de los vendedores y su cónyuge. En esta Resolución de la Dirección General de 29 de octubre de 2020 se aporta un concepto de residencia habitual cuando se indica que lo será “*el objeto del domicilio conyugal, entendiendo como tal el centro de las relaciones familiares y sociales del matrimonio, con especial atención al lugar donde residen habitualmente los hijos menores, si los hay*”.

15. Descartado el presupuesto de la aplicación del artículo 1320 CC, cual es, que el inmueble sobre el que dispone el cónyuge titular sea la vivienda habitual de la pareja, la Dirección General hubiera podido poner fin a la Resolución indicando que, al no ser la vivienda habitual de los cónyuges, el artículo 1320 CC no sería aplicable al caso y, en consecuencia, la venta que realiza el esposo cotitular del inmueble no requiere del consentimiento de su cónyuge. Sin embargo, el órgano directivo va más allá y aporta otros argumentos en este sentido.

La DGSJyFP menciona otras resoluciones emitidas por este órgano en las que se hace prevalecer el derecho a la división de la cosa común, como cuestión de orden público, eliminando los condicionamientos que pudieran limitar la extinción de la comunidad, entre otros, el consentimiento de los cónyuges de los titulares¹⁹; todo ello, considerando que el inmueble no es la vivienda habitual de un matrimonio.

IV. Conclusiones

Primera. Se trata de un Resolución muy sencilla en la que, sin haber dudas respecto a que el Derecho aplicable al régimen económico matrimonial es el británico, que dicho ordenamiento no impone ninguna limitación respecto al uso y administración de los bienes privativos al cónyuge titular de los mismos y asumiendo que el inmueble objeto de venta no es la vivienda habitual de uno de los tres vendedores, la solución al caso es inmediata en el sentido de que la disposición que hace el sujeto no requiere del consentimiento de su cónyuge por no ser el inmueble la vivienda habitual de la pareja.

Segunda. Es doctrina reiterada del Centro Directivo que, cuando la vivienda es propiedad de diferentes familias, no puede tener el carácter de singular que se exige a la habitualidad para ninguna de ellas. Esto es lo que ocurre en el caso, el inmueble es propiedad de tres sujetos por lo que, incluso se repartieran el uso y disfrute del mismo en su totalidad por períodos intermitentes de tiempo, no podría constituir la vivienda habitual de ninguno de ellos.

Tercera. Considerando que el inmueble objeto de la venta no es la vivienda habitual del vendedor casado, no se puede aplicar el artículo 1320 CC y exigir el consentimiento de la esposa a la venta. Del mismo modo que tampoco sería necesario determinar si el precepto mencionado forma parte del orden público internacional español y debiera ser aplicado, por tanto, en el caso.

No obstante, en la Resolución comentada, la Dirección General entiende que la aplicación del artículo 1320 CC puede basarse en razones de orden público. Así lo consideramos nosotros también y, sin ninguna duda, en la actualidad, teniendo en cuenta el Reglamento 2016/1103 y su Considerando 53 en relación con el artículo 30.

¹⁹ *Vid.*, también, entre otras, RDGRN de 27 junio 1994, RJ\1994\4921, FD Tercero; RDGRN de 18 noviembre 2015, RJ\2015\613, FD 2; RDGSJyFP de 29 octubre 2020, RJ\2020\5468, FD 7; RDGRN de 27 junio 1994, RJ\1994\4921, FD Segundo.

Cuarta. Por último, la Dirección General es flexible a la hora de imponer formalidades que obstaculicen el derecho de los comuneros a la división de la cosa común, derecho que forma parte del orden público del ordenamiento español. Por esta razón, como nadie debe permanecer en la indivisión si no es su voluntad, la extinción de la comunidad no puede condicionarse al consentimiento de los cónyuges de los otros titulares ni a una autorización judicial supletoria.

La incidencia de la doctrina de los actos propios en la aplicación del CH 1980 a supuestos de sustracción internacional de menores. Comentario a la SAP Oviedo de 7 de abril de 2022

The incidence of the doctrine of own acts in the application of the CH 1980 to cases of international child abduction. Commentary to the SAP Oviedo of April 7, 2022

M^a JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora de Derecho Internacional Privado (Universidad San Jorge)
Magistrada Suplente*

Recibido:16.12.2022 / Aceptado:31.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7583

Resumen: La SAP Oviedo de 7 de abril de 2022 desestima un recurso de apelación formulado por el padre de una niña menor de edad contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo, por la cual se decreta que no procede acordar la restitución a Reino Unido de la hija menor, que había sido trasladada por la madre a nuestro país. Ello, sobre la base de que el traslado de la niña a España desde el Reino Unido fue consentido por su padre, que fue quien interpuso la demanda y el posterior recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, que rechaza sus pretensiones.

Palabras clave: tsustracción de menores, CH 1980, derechos de custodia.

Abstract: The SAP Oviedo of April 7, 2022 dismisses an appeal filed by the father of a minor girl against the judgment issued by the Court of First Instance No. 7 of Oviedo, which decrees that the return of the minor daughter, who had been transferred by her mother to our country, from the United Kingdom is not appropriate. This, on the basis that the transfer of the child to Spain from the United Kingdom was consented to by her father, who was the one who filed the lawsuit and the subsequent appeal against the judgment issued in the first instance, which rejected his claims.

Keywords: child abduction, CH 1980, custody rights

Sumario: I. Introducción: Breve descripción de la SAP Oviedo de 7 de abril de 2022. II. Consideraciones iniciales acerca de la doctrina de la buena fe y de los actos propios. III. Notas sobre el CH 1980, en particular, sobre la posible ilicitud del traslado ilícito de un menor y las excepciones al retorno inmediato. IV. Análisis de fallo de la SAP Oviedo de 7 de abril de 2022. V. A modo de conclusión.

* 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 JIU2021-SOC-10: Retos del Derecho civil en materia de protección de menores, con especial referencia a la era digital, IP: Javier Martínez Calvo.

I. Introducción: Breve descripción de la SAP Oviedo de 7 de abril de 2022

1. La cuestión litigiosa examinada por SAPOviedo de 7 de abril de 2022 (ECLI:ES:APO:2022:1294) tienen por objeto el ejercicio de una acción de retorno de una menor, que fue trasladada a España por su madre desde el extranjero, para lo cual, el Tribunal ha debido dilucidar si dicho desplazamiento puede calificarse o no de ilícito con arreglo al CH 1980. Se trata de un tema que, en los últimos tiempos, ha venido adquiriendo notoriedad debido al interés mediático que han despertado algunos asuntos, como el caso de Juana Rivas. No obstante, al margen de ello, nos encontramos ante un fenómeno de notable relevancia, debido al aumento de los supuestos de sustracción internacional de menores, como consecuencia de la creciente internacionalización de las relaciones familiares.

2. Concretamente, en el caso que se va a analizar a lo largo del presente trabajo, la Audiencia Provincial de Oviedo desestima un recurso de apelación formulado por el padre de una niña menor de edad contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo, por la cual se decretó que no procedía acordar la restitución a Reino Unido de la hija menor, que había sido trasladada por la madre a nuestro país. Ello, sobre la base de que el traslado de la niña a España desde el Reino Unido fue consentido por su padre, quien interpuso la demanda y el posterior recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, que rechazó sus pretensiones.

3. Tanto la sentencia de instancia como el Tribunal “ad quem” consideran probado que, en octubre de 2021, el padre presentó demanda ante los órganos jurisdiccionales del Reino Unido y que estos resolvieron que, a la fecha del traslado de la menor con su madre a España (20 de octubre de 2021), la residencia habitual de la hija se situaba en Reino Unido, así como que el padre tenía y ejercía derechos de custodia, de conformidad con lo previsto en la ley de la jurisdicción de Inglaterra y Gales, y en el sentido de los artículos 3 y 5 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante CH 1980)¹. También coinciden dichas resoluciones en que, aun siendo correcto, con arreglo al art.5 CH 1980, que el tribunal inglés se pronunciase sobre el lugar de residencia habitual de la menor y sobre los derechos de custodia del padre según la legislación inglesa, dicha decisión no vincula al tribunal español.

4. Conviene aclarar que el progenitor apelante se había trasladado a España por motivos laborales en septiembre de 2020, habiendo fijado en la ciudad de Barcelona su residencia, donde teletrabajaba y en la cual continuaba residiendo en el momento en que se produjo lo ruptura con la madre de la menor, en las Navidades del mismo año.

5. La Audiencia Provincial entiende que en el momento de interposición de la demanda, el padre era titular de la patria potestad de la menor, de la representación legal y de los derechos y deberes inherentes a la misma, si bien, considera que, no ejercía de modo efectivo o material la custodia, entendida como convivencia habitual y cuidado de los hijos. A estos efectos, la Sala valora que el progenitor solo había visto a su hija dos semanas en Navidad y unos días en agosto de 2021. Por tal motivo, el Tribunal resuelve que el traslado no sería ilícito, de conformidad con el art. 3 b) CH 1980 y no acoge la pretensión del recurrente de restitución de la menor al Reino Unido.

6. Además, se muestra de acuerdo con la Juez “a quo” en que la solicitud de restitución de la niña podría ser denegada, en virtud de lo dispuesto en el art.13 a) CH 1980, habida cuenta que de la prueba practicada se acredita que el traslado de la madre con la hija a España fue consentido por el progenitor apelante.

¹ Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, «BOE» núm. 202, de 24/08/1987.

7. No obstante, hay otros datos respecto de los cuales el Tribunal “ad quem” guarda silencio o se pronuncia de forma ambigua. Tal es el caso de si existe una resolución judicial, convenio regulador o pacto de relaciones familiares, en relación con la custodia de la hija. Ciertamente, de la redacción de la Sentencia únicamente se deduce que, con anterioridad de su traslado a España, la menor se encontraba bajo la guarda de la madre en Londres, mientras que el padre residía en España, y que ambos progenitores son titulares de la responsabilidad parental. Tampoco queda clara la edad de la menor, aunque cabe entender que no ha alcanzado la edad de 16 años, pues, de lo contrario el Convenio no resultaría de aplicación, con arreglo a lo dispuesto en su artículo 4. Del mismo modo, no se menciona expresamente donde reside el padre en el momento en que pone en marcha el procedimiento de restitución de la menor en España, ni si ha vuelto a Reino Unido, dado su interés en que la niña sea devuelta a este país.

8. Visto el tenor de la SAP Oviedo, seguidamente, en primer lugar, se examinarán los presupuestos para la aplicación de la doctrina de la buena fe y de los actos propios, habida cuenta que la resolución de la Sala aprecia la existencia de consentimiento paterno respecto del desplazamiento a España de la menor, a la luz de la prueba practicada. En segundo término, se estudiarán los requisitos para que proceda la restitución del menor, con especial atención al art.3 del Convenio y a la excepción del art.13 a) CH 1980. Por último, se analizará el fallo de la SAP Oviedo de 7 de abril de 2022 y se terminará con unas reflexiones finales.

II. Consideraciones iniciales acerca de la doctrina de la buena fe y de los actos propios

9. Con carácter previo al análisis del fallo de la SAP Oviedo de 7 de abril de 2022, parece oportuno realizar una serie de consideraciones acerca de la denominada doctrina de la buena fe y de los actos propios, toda vez que, como ya se ha dicho, obran en la causa suficientes pruebas que acreditan que el padre de la niña era conocedor de la intención de la madre de trasladarse a España y de que no manifestó su oposición hasta que esta no se vio materializada. Más aún, consta en autos que el progenitor exteriorizó que así pasaría más tiempo con la hija. En concreto, por ambas partes se aportaron al procedimiento diversos correos electrónicos de los cuales se deduce que el progenitor recurrente era sabedor de que la madre había encontrado trabajo en nuestro país, que había alquilado un piso cerca de Oviedo, habiendo el padre visitando la zona y los colegios donde podría escolarizar a su hija y habiéndose ofrecido a matricular a la niña. Ciertamente es que el apelante mostró sus dudas acerca de la conveniencia de que la madre se instalase en dicha localidad, pero, nunca cuestionó su desplazamiento a España con la hija común de la pareja.

10. Dicho esto, hay que explicar que, desde antiguo, los tribunales de justicia vienen aplicando una serie de reglas o principios que operan con independencia de las normas con rango de ley. Se trata de la denominada “doctrina de los actos propios” o regla “non venire contra factum proprium”. Esta teoría recoge un principio general del Derecho, que se aplica tanto en Derecho Público como en Derecho Privado y que también opera respecto de situaciones de Derecho Internacional privado. Conforme a esta teoría, se niega la legitimación procesal, ya sea activa o pasiva, a aquellos sujetos que interpongan acciones legales ante los tribunales de justicia, con objeto de reclamar el reconocimiento de una pretensión que resulte contraria a un comportamiento anterior de esa persona².

11. En este sentido, nuestro Tribunal Supremo (STS nº 63/2018 de 5 febrero, entre otras) viene sosteniendo que “La doctrina jurisprudencial sobre los actos propios impone un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia (sentencias 1/2009, de 28 de enero y 301/2016, de 5 de mayo). Para que sea aplicable esa exigencia jurídica se hace necesaria la existencia de una contradicción

² Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La doctrina de los actos propios, una sentencia de divorcio dictada en el extranjero y una sucesión en favor de la esposa abierta en España”, publicado el 11 de junio de 2022 en *ACCURSIO DIP Blog*, <http://accursio.com/blog/?p=1513>.

entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también, que la primera sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, puesto que la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa generó, fundadamente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la actuación futura (sentencias núm. 552/2008, de 17 de junio, 119/2013, de 12 de marzo, 649/2014, de 13 de enero de 2015, y 301/2016, de 5 de mayo)³.

12. La doctrina de los actos propios se encuentra estrechamente vinculada con la buena fe en el ejercicio de los derechos y la prohibición de abuso de derecho, que en el ordenamiento jurídico español se contemplan en el art.7 Cc. La jurisprudencia ha precisado que, conforme al principio de la buena fe, la ley no puede amparar el abuso de derecho ni el ejercicio antisocial del mismo. Se trata, pues, de un mecanismo de defensa contra una acción ejercitada dolosamente. En este sentido, se han individualizado una serie de casos en los que cabe apreciar un ejercicio desleal de los derechos subjetivos, al margen de lo postulados de la buena fe, en tanto en cuanto la misma veda ir en contra de los actos propios, entre los cuales, destacaría a los efectos de este trabajo, que “no debe admitirse la invocación de las reglas jurídicas por el mismo sujeto que las despreció o no cabe imputar a otro una conducta en la que la propia parte ha incurrido⁴.

13. En definitiva, en palabras de la STS de 27 de junio de 2021, “actuar conforme a los requerimientos derivados de la buena fe, dentro de los cuales se podría incluir no abusar del derecho, exige no hacerlo en contra de la confianza suscitada en la otra parte; ser coherente con la propia conducta por imperativos éticos; y no ejercitar de forma desleal los derechos subjetivos. Las actuaciones sin sujetarse a dicho principio no generan una mera sanción moral por la conducta desencadenada, sino indiscutibles consecuencias jurídicas sobre el ejercicio de los derechos, como incluso la desestimación de las pretensiones ejercitadas.”

14. Las anteriores consideraciones enlazarían con la teoría de las expectativas razonables o principio de la apariencia jurídica, en cuya virtud “una persona no debe hacer creer a otras que su posición jurídica es una para luego actuar contra dicha posición, pues los terceros quedarían dañados o más bien engañados y el tráfico jurídico se volvería inestable, imprevisible y, al final, imposible⁵.” Ténganse en cuenta aquí que “los actos propios tienen su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, lo que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables, declarando así mismo que sólo pueden merecer esta consideración aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definen de forma inalterable la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, lo que no puede predicarse en los supuestos de error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia⁶.”

³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1^a) num. 63/2018 de 5 febrero (RJ\2018\397). Vid. también STSJC num. 28/2007 de 27 septiembre (RJ\2007\8520), que expone como el Código de Derecho Civil de Cataluña recoge la doctrina de los actos propios, disponiendo que “Nadie puede hacer valer un derecho o una facultad que contradiga la conducta propia observada con anterioridad si ésta tenía una significación inequívoca de la cual derivan consecuencias jurídicas incompatibles con la pretensión actual”

⁴ Así se expresa la STS num. 578/2021 de 27 julio (RJ\2021\3655), con cita de otras muchas resoluciones del TS. De la misma manera nuestro Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre este particular, en sentencias como las núm. 120/1983, de 15 de diciembre (RTC 1983, 120), 6/1988, de 21 de enero (RTC 1988, 60/2017, de 22 de mayo (RTC 2017, 60) y 165/2020, de 16 de noviembre (RTC 2020, 165), entre otras muchas, en las cuales se reconoce que el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE se debe ejercitar también con sujeción al principio de la buena fe. También el TEDH ha valorado que, en el ejercicio de los derechos fundamentales, se haya actuado con sujeción a las exigencias de la buena fe (SSTEDH de 21 de enero de 1999 (TEDH 1999, 3), caso Fressoz y Roire c. Francia; de 20 de mayo de 1999 (TEDH 1999, 22), caso Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega; o de 29 de julio de 2008 (JUR 2008, 237462), caso Flux c. Moldavia).

⁵ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La doctrina de los actos propios, una sentencia de divorcio dictada en el extranjero y una sucesión en favor de la esposa abierta en España”, publicado el 11 de junio de 2022 en *ACCURSIO DIP Blog*, <http://accursio.com/blog/?p=1513>.

⁶ Vid. SAP Murcia (Sección 5^a) núm. 86/2010 de 16 marzo (JUR 2010\164419), con cita de numerosas sentencias del TS.

III. Notas sobre el CH 1980, en particular, sobre la posible ilicitud del traslado ilícito de un menor y las excepciones al retorno inmediato⁷.

15. Primeramente, hay que recordar que el CH 1980 constituye uno de los instrumentos más importantes aprobados en el seno de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional privado. Baste decir que, a fecha 14 de noviembre de 2022, el número de Partes contratantes asciende a 103⁸, entre las cuales figuran tanto España como Reino Unido, países involucrados en el supuesto enjuiciado por la Audiencia Provincial de Oviedo en el caso que nos ocupa. Este Convenio, que no incorpora reglas de Derecho Internacional Privado, incluye normas jurídicas conocidas como “self-executing”, es decir, normas cuya particularidad radica en que se aplican sin que los Estados parte deban dictar normas para su desarrollo⁹.

16. Conforme al art.1 CH 1980, la finalidad del Convenio consiste, por un lado, en garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante, y por otro, velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes¹⁰. La definición de traslado ilícito se

⁷ De entre los numerosos trabajos publicados sobre este tema, para la elaboración del presente trabajo se han consultado, entre otros: A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: Una visión general” en Y. GAMARRA CHOPO (Coord.) *El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico (C.S.I.C), Excm. Diputación de Zaragoza, 2011, pp. 115-155; A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 y sustracción internacional de menores: algunas cuestiones controvertidas”, E. PÉREZ VERA (ed. lit.), J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (ed. lit.), M. GUZMÁN ZAPATER (ed. lit.), A. FERNÁNDEZ PÉREZ (ed. lit.), M. GUZMÁN PECES (ed. lit.), *El derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, 2020, pp.185-205; 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 18^a) de 27 de noviembre”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 641-651; C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, “Sustracción internacional de menores: Vías de actuación en el marco jurídico vigente” *Revista Boliviana de Derecho*, Nº. 20, 2015, pp. 192-213; C. AZCÁRRAGA MONZONÍS Y P. QUINZÁ REDONDO, “Sustracción internacional de menores y convenio de La Haya de 1980. Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (sección 3^a) núm. 377/2017, de 29 de junio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 795-801; C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Capítulo XXV. Sustracción internacional de menores: Aplicación por el Tribunal Supremo de los instrumentos internacionales vigentes para España”, A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Coord.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, Vol. 2, Tomo 2, 2019, pp. 587-605; I. LORENTE MARTÍNEZ, *Sustracción internacional de menores: Estudio jurisprudencial práctico y crítico*, Dykinson, 2019; I. LORENTE MARTÍNEZ, “4. La protección del menor en los casos de sustracción internacional de menores. Especial mención de la crisis sanitaria del Covid-19”, A. ORTEGA GIMÉNEZ (Dir.), I. LORENTE MARTÍNEZ Y L.S. HEREDIA SÁNCHEZ (Coord.), *Europa en un mundo cambiante: Estrategia Europa 2020 y sus retos sociales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 67-80; I. LORENTE MARTÍNEZ, “Sustracción internacional de menores. Especial atención a la aplicación del Convenio de La Haya 25 octubre 1980 y excepción al no retorno inmediato de la menor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, pp. 966-973; C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “Sustracción internacional de menores extracomunitaria: A vueltas con la obligación de restitución automática del Convenio de La Haya de 1980 en la práctica española”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, pp. 134-152; M.J. VALVERDE MARTÍNEZ, “El Caso “Green Card”. Reconocimiento de resolución de familia británica en España. Sustracción de menores/Reino Unido, España, Estados Unidos de América”, A. CEBRIÁN SALVAT E I. LORENTE MARTÍNEZ (Dir.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2019, pp.60-72; D. CARRILLO MARÍN, “La declaración de ilicitud del traslado de menores y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980; Un caso práctico”, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado y sociedad global: Los principios del Derecho Romano en el Derecho Privado Europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp.505-513.

⁸ Consúltese, <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>. En este enlace se indica que “el término “Parte contratante” comprende los casos en los que el Convenio ha entrado en vigor, y los casos en los que aún no ha entrado en vigor, para esa Parte después el depósito del instrumento de ratificación, adhesión, aceptación o aprobación.”

⁹ Vid. I. LORENTE MARTÍNEZ, “Sustracción internacional de menores. Especial atención a la aplicación del Convenio de La Haya 25 octubre 1980 y excepción al no retorno inmediato de la menor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, p.969; A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Vol. II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2129.

¹⁰ Estos objetivos se avienen con lo previsto en diversos textos internacionales en relación con el derecho al respeto a la vida privada y familiar, en los términos del art.10 de la Convención de los derechos del niño de UN de 1989, del art.8 CEDH o de los arts.7 CDFUE en relación con el 24.2 del mismo texto legal, que consagra el principio del interés del menor. Vid. G. MORENO CORDERO, “8. El interés del menor y su retorno seguro en sustracciones intracomunitarias fundadas en violencia de género: el grave riesgo en la guía de las buenas prácticas”, A. ORTEGA GIMÉNEZ (Dir.), I. LORENTE MARTÍNEZ Y L.S. HEREDIA SÁNCHEZ (Coord.), *Europa en un mundo cambiante: Estrategia Europa 2020 y sus retos sociales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp.121-122.

encuentra recogida en el art.3 del Convenio, que entiende que el traslado o la retención de un menor es ilícito en dos supuestos:

- a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Este derecho de custodia mencionado puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado. De este último párrafo se deduce que no es obligatorio que exista una resolución previa que resuelva sobre la custodia¹¹.
- b) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

17. En definitiva, lo determinante en estos casos es que el menor haya sido sustraído del entorno familiar y social en el cual realizaba su vida. Junto a ello, es importante subrayar que para definir un traslado o retención de un menor habrá que atender a la existencia de un derecho de custodia, “que da un contenido jurídico a la situación modificada por las acciones que se pretenden evitar¹².”

18. Lo cierto es que el CH 1980 no explica los términos en que ha de interpretarse ese ejercicio de forma efectiva de los derechos de custodia, conforme al art.3. Sin embargo, el propio Convenio sí que concreta en su art.5 qué debe entenderse por derechos de custodia y visitas a los efectos del Convenio. En lo referente a este trabajo, es conveniente establecer qué derechos se encuentran comprendidos en la noción de derecho de custodia del CH 1980; y así dicho instrumento normativo dispone que quedan cubiertos por el mencionado concepto “el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia¹³”

19. Nótese aquí que el Convenio no se ocupa del fondo de los derechos de custodia, toda vez que no lo menciona entre una de sus finalidades en el art.1. Más aún, en los arts.16, 17 y 18 CH 1980 se aprecia la intención del Convenio de desvincular la acción de restitución en relación con los derechos de custodia. Así, el derecho de custodia habrá que dirimirse ante las autoridades competentes del Estado de la residencia habitual del menor con anterioridad a su desplazamiento, tanto si el traslado se ha producido antes de haberse dictado una resolución en relación con la custodia como si ha tenido lugar con pos-

¹¹ Vid. C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “Sustracción internacional de menores extracomunitaria: A vueltas con la obligación de restitución automática del Convenio de La Haya de 1980 en la práctica española”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, p.139. Esta autora entiende que no es preciso que exista una previa resolución judicial que atribuya un derecho de custodia o régimen de visitas para que pueda iniciarse el procedimiento de restitución previsto en el CH 1980, puesto que lo que protege el citado Convenio es “el efectivo ejercicio del derecho de custodia o régimen de visitas y, consecuentemente, proteger al menor manteniendo su statu quo, lo cual puede producirse en una mera separación de hecho sin mediación de autoridad competente (tal y como se deduce del último párrafo del art. 3 del Convenio).”

¹² En este sentido, Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, p.3, en el cual se expone que “nos encontramos ante el traslado de un menor fuera de su entorno habitual, en el que se encontraba bajo la responsabilidad de una persona física o jurídica que ejercía sobre él un derecho legítimo de custodia. Por supuesto, es preciso asimilar a semejante situación la negativa a devolver al menor a su entorno, tras una estancia en el extranjero, consentida por la persona que ejercía la custodia. En ambos casos, la consecuencia es, en efecto, la misma: el menor ha sido sustraído al entorno familiar y social en el que se desarrollaba su vida. Por lo demás, en este contexto, poco importa la naturaleza del título jurídico sobre el que descansaba el ejercicio del derecho de custodia sobre la persona del menor: desde este punto de vista, la existencia o ausencia de una resolución relativa a la custodia no cambia en absoluto los aspectos sociológicos del problema”.

¹³ Durante los trabajos preparatorios del Convenio, se presentaron varias propuestas para suprimir del art. 3 la referencia al ejercicio efectivo de la custodia, “debido a que, de esa forma, se imponía al demandante la carga de la prueba sobre un punto que, a veces, será difícil de establecer.”. En este sentido, Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, p.21.

terioridad y en consecuencia, desobedeciendo dicha resolución¹⁴. En este punto, hay que tener presente que el art.16 CH 1980 prohíbe a las autoridades judiciales o administrativas del Estado donde haya sido trasladado el menor o en el cual se encuentre retenido ilícitamente, resolver sobre el fondo de la cuestión de los derechos de custodia hasta que se haya decidido que no procede la restitución del menor en los términos del Convenio, o si pasado un tiempo razonable, no se han ejercitado acción alguna conforme a dicho texto legal¹⁵. Del mismo modo, la resolución que se acuerde sobre la restitución del menor en virtud del Convenio no influirá en la cuestión de fondo del derecho de custodia (art.19).

20. Por otro lado, el Convenio se aplica a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes del traslado ilícito, y deja de aplicarse cuando el menor haya cumplido los 16 años de edad (art.4 CH 1980)¹⁶. No se olvide aquí que el Convenio se aplica inter partes, luego, para que opere el CH 1980, el menor debe tener su residencia habitual en un Estado parte del Convenio y ha de haber sido trasladado a otro Estado parte del mismo.

21. Para el cumplimiento de sus fines, el CH 1980 recoge una serie de medidas urgentes, cuya naturaleza puede ser preventiva o que, en el caso de haber tenido lugar ya el desplazamiento o retención ilícitos, tienen por objeto el retorno del menor a su residencia habitual¹⁷. Concretamente, junto la adopción de medidas encaminadas a conseguir la restitución voluntaria del menor, el Convenio establece un procedimiento de restitución inmediata del niño, de carácter urgente y que se articula a través de un sistema de cooperación entre Autoridades Centrales, que se regula en sus arts.8 a 20. No obstante, el Convenio no contempla una obligación absoluta, en virtud de la cual las autoridades del Estado requerido, ya sean judiciales o administrativas, deban acordar ineludiblemente la restitución del menor. Así, los arts. 12, 13 y 20 (excepción de orden público) disponen una serie de causas, que pueden operar como motivos para denegar la restitución del menor, que deberán ser interpretadas de manera restrictiva y en interés de los menores¹⁸. En este sentido, del art.12 CH 1980 se colige la facultad que asiste a las autoridades del Estado requerido para denegar la restitución del menor cuando haya transcurrido un periodo superior al

¹⁴ Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, p.5.

¹⁵ El TEDH reconoce que esta regla trata de evitar que el procedimiento referido al derecho de custodia prejuzgue el relativo a la restitución del menor. Vid. STEDH (Sección 1^a) de 6 de noviembre de 2008, Caso Carlson contra Suiza (TEDH\2008\86). Sobre la jurisprudencia del TEDH y la aplicación del CH 1980, consúltese, M. HERRANZ BALLESTEROS, “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”, *Revista de Derecho Europeo* 44, Octubre - Diciembre 2012, pp. 41 a 60.

Se ha dicho, además, que la principal finalidad del CH 1980 es el mantenimiento del *status quo* anterior a la sustracción del menor y que ello incide asimismo en la necesidad de respetar las normas de competencia

aplicables a los derechos de custodia antes de que tuviera lugar la sustracción. Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, 2008,

¹⁶ Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, p. 22, en el cual se justifica la elección de la edad a que se refiere el art.4 CH 1980, en que “una persona de más dieciséis años tiene por lo general una voluntad propia que es difícil ignorar, ya sea por uno o por otro progenitor, ya sea por una autoridad judicial o administrativa”. A ello se refiere igualmente, 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 18^a) de 27 de noviembre”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2019), Vol. 11, N° 2, p.645.

¹⁷ Vid. I. LORENTE MARTÍNEZ, “4. La protección del menor en los casos de sustracción internacional de menores. Especial mención de la crisis sanitaria del Covid-19, A. ORTEGA GIMÉNEZ (Dir.), p.69 y también, I. LORENTE MARTÍNEZ, *Sustracción internacional de menores: Estudio jurisprudencial práctico y crítico*, Dykinson, 2019, p.64.

¹⁸ Vid. I. LORENTE MARTÍNEZ, “4. La protección del menor en los casos de sustracción internacional de menores. Especial mención de la crisis sanitaria del Covid-19, A. ORTEGA GIMÉNEZ (Dir.), p.69 y C. AZCAGARRA MONZONIS, “Sustracción internacional de menores. asunto vinculado con Suiza y España. Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1^a) núm. 52/2018, de 17 de abril”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, N° 1, p.676.

En otro orden de consideraciones, debe advertirse que existe una abundante jurisprudencia del TEDH sobre la interpretación de las causas de no restitución del menor y la consiguiente orden de no retorno, en relación con el art.8 CEDH, que ha sido analizada de manera exhaustiva por M. HERRANZ BALLESTEROS, “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”, *Revista de Derecho Europeo* 44, Octubre - Diciembre 2012, pp. 41 a 60.

año desde que se produjo el traslado o retención ilícitos, o en el supuesto de que, aun habiendo finalizado el plazo inferior al año, fijado en el citado precepto, se demuestre que el menor se encuentra integrado en el nuevo medio. Además, Junto a esto, el art.13 CH 1980 establece las excepciones por las cuales se permite declarar la improcedencia de la restitución si se acredita alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la persona, Institución u Organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejerciera de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o hubiera consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o
- b) Que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

22. El art.13 también prevé que las autoridades competentes se nieguen a ordenar la restitución del menor en el supuesto de que el propio menor se oponga a la restitución, siempre y cuando el niño cuente con la edad y madurez suficiente para tener en cuenta sus opiniones.

23. Atendiendo a que la SAP Oviedo aborda el análisis de la excepción prevista en el art.13 a) CH 1980, parece oportuno detenerse en este precepto y realizar una serie de puntualizaciones acerca de esta causa de no restitución¹⁹:

- 1ª) Poniendo en relación el art.13 a) con el art.3, ambos del Convenio, el derecho de custodia puede haber sido atribuido, sola o de forma conjunta, a la persona que ejercita la acción de restitución del menor, de tal manera que también se califica como ilícito el traslado de un menor por uno de los titulares de la custodia conjunta, sin el consentimiento del otro titular, en tanto que habría hecho caso omiso a los derechos reconocidos legalmente al otro progenitor.
- 2ª) Tanto el art.3 como el art.13 a) CH 1980 requieren que el derecho de custodia vulnerado por el desplazamiento ilícito sea ejercido de forma efectiva por su titular. Esta idea encuentra su justificación en el marco de las relaciones internacionales, en el cual es relativamente frecuente que existan resoluciones contradictorias que no siempre resultan adecuadas para fundar en ellas la protección de la estabilidad de la vida de un menor²⁰.
- 3ª) El artículo 13 a) asigna al infractor la carga de probar que la persona, institución u organismo, a cuyo cargo se encontraba el menor, no ejercía efectivamente la custodia en el momento de producirse el desplazamiento o retención ilícitos²¹. Sobre este particular, el Informe explicativo del CH 1980 aclara que del Convenio se deduce una presunción no implícita de que el titular de los derechos de custodia los ejerce de forma efectiva, salvo prueba en contrario del infractor que se opone a la restitución²².
- 4ª) Tal como se ha indicado más arriba, el Convenio no define la noción de “ejercicio efectivo” de los derechos de custodia, aunque el art.5 alude al cuidado de la persona del menor. Comparando el art.13 a) con el art.5, ambos del CH 1980, es posible concluir, siguiendo en este punto el Informe explicativo del Convenio, -y esto es importante a los efectos de este trabajo-, que “existe custodia efectiva cuando su titular se encarga del cuidado de la persona del menor, incluso si no conviven, por razones plausibles en cada caso concreto (enfermedad, estancia de estudios, etc..).” Ahora bien, el citado Informe deja al arbitrio del Juez la

¹⁹ Para despejar las lagunas del art.13 a) o las dudas que suscita su interpretación se va a acudir a E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*.

²⁰ Se dice en el Informe explicativo que, en este punto, “el Convenio ha hecho hincapié en la protección del derecho de los menores al respeto de su equilibrio vital, es decir del derecho de los menores a no ver alteradas las condiciones afectivas, sociales, etc. que rodean su vida, a menos que existan argumentos jurídicos que garanticen la estabilidad de la nueva situación.” Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, p.21.

²¹ La diferencia con el art.3 CH 1980 estribaría en que, en este caso, “sólo exige al demandante una primera evidencia de que ejercía realmente el cuidado sobre la persona del menor”. Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, p.21.

²² Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, pp.21 y 22.

decisión de determinar la naturaleza efectiva o no del ejercicio de la custodia de un menor en cada caso concreto²³.

- 5º) La aquiescencia del titular del derecho que formula la reclamación puede afectar a la calificación del desplazamiento del menor como ilícito. En concreto, el art. 13 a) se refiere al consentimiento del titular de los derechos de custodia al autorizar el traslado o retención del menor, permitiendo también que ese consentimiento o aprobación se haya emitido con posterioridad, aceptando esa situación²⁴. Aquí hay que advertir que hay casos en que ese consentimiento ha sido otorgado por el titular de la custodia, si bien por un tiempo determinado, lo que implica que si la situación persiste fuera del límite temporal para el cual se consintió, el traslado o retención deviene ilícita²⁵. No cabe duda de que quien ha de probar la existencia de dicho consentimiento ha de ser el progenitor “secuestrador”, siendo contrario al texto del art. 13 a) CH 1980 que se obligue al progenitor no infractor a acreditar que no ha consentido el desplazamiento o no retorno ilícitos del menor. En este sentido se ha pronunciado el TEDH²⁶.

24. Sentado lo que antecede, a continuación, se analizará el fallo de la SAP Oviedo de 7 de abril de 2022, poniendo sus fundamentos y conclusiones en relación lo explicado respecto a la doctrina de los actos propios, la buena fe y el abuso de derecho, junto con el art.3 y la excepción de no retorno del art.13 a) CH 1986

IV. Análisis de fallo de la SAP Oviedo de 7 de abril de 2022

25. Como ya se ha indicado más arriba, la SAP Oviedo desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de instancia, ratificando esta en todos sus pronunciamientos- con los cuales la Sala afirma encontrarse de acuerdo, aunque con algunos matices,-y en consecuencia, denegando la restitución de la menor al Reino Unido, que había sido solicitada por su padre.

26. Primeramente, se van a examinar los argumentos referentes a la valoración que se ha hecho, tanto en primera instancia como vía recurso de apelación, sobre la resolución de la High Court Of Justice de Londres, de 9 de diciembre de 2021, por la que se establece que, al tiempo de producirse el traslado de la menor a España con su madre, la residencia de la hija se encontraba en Reino Unido y que el padre ejercía los derechos de custodia conforme a los arts.3 y 5 CH 1980. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial no ponen en duda la pertinencia de la resolución extranjera, si bien consideran que no están obligados por sus conclusiones. Este pronunciamiento de ambos tribunales podría encontrar encaje en los arts.16-19 CH 1980, dado que, ciertamente, de tales preceptos parece desprenderse que en el Convenio subyace el propósito de prevenir que el procedimiento referido al derecho de custodia prejuzgue el relativo a la restitución del menor, lo cual ha venido avalado por la doctrina del TEDH²⁷. Esta separación entre ambos procedimientos se hace más evidente en los arts.17 y 19 CH 1980. En el primer caso, puesto que la decisión de no restitución del menor no puede justificarse únicamente en el hecho de

²³ Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, p 33.

²⁴ Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, p 33. En este informe se pone de manifiesto que “esta precisión hizo posible la supresión de toda referencia al ejercicio de “buena fe” del derecho de custodia, con lo que se evitó que el Convenio pueda ser utilizado como instrumento de un posible “regateo” entre las partes.”

²⁵ 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* (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, p.646. Advierte esta autora que la excepción del art.13 a) CH 1980 suele formularse de forma conjunta con otras excepciones.

²⁶ Sobre la inversión de la carga de la prueba y su relación con la posible violación de los arts. 6 y 8 CEDH, consúltense STEDH (Sección 1ª) de 6 de noviembre de 2008, Caso Carlson contra Suiza (TEDH\2008\86).

²⁷ Como ejemplo, cabe citar la STEDH (Sección 1ª) de 6 de noviembre de 2008, Caso Carlson contra Suiza (TEDH\2008\86), con mención de otras muchas.

que se haya dictado una resolución relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido. Y en el segundo, habida cuenta que una resolución sobre la restitución del menor tampoco puede afectar a la decisión sobre el fondo de la custodia.

27. No obstante, en la práctica, la separación entre ambas cuestiones no resulta tan clara, pues es innegable que, en determinadas circunstancias, puede haber cierta conexión entre el procedimiento de restitución y la cuestión de fondo de los derechos de custodia, lo cual se hace más patente a la hora de valorar la ilicitud del desplazamiento o retención, así como la posible concurrencia de algunas de las causas de no restitución previstas en el Convenio²⁸. En cualquier caso, los tribunales españoles sí que se encontraban facultados para tomar en consideración los fundamentos de la sentencia extranjera al aplicar el Convenio y resolver acerca de si el titular de la custodia la ejercía de forma efectiva en el momento del desplazamiento de la menor a España y por consiguiente, si el traslado podría calificarse como ilícito en el sentido del art.3 o en su caso, para verificar si concurría la excepción del art.13 a) del Convenio. (arts.14 y 17 CH 1980).

28. En segundo término, la Sala valora si el desplazamiento de la menor a nuestro país desde Reino Unido es susceptible de ser considerado ilícito con arreglo al art.3 CH 1980. No deja claro el Tribunal “ad quem” si el Juzgador “a quo” hizo manifestación alguna sobre este particular, pero, de la redacción de la sentencia parece inferirse que, con muy buen criterio, es uno de los puntos en que la Audiencia ha introducido alguna matización. En todo caso, la Sala entiende que, en el supuesto sometido a su consideración, el desplazamiento de la menor no constituye un traslado ilícito en los términos del artículo 3, puesto que el progenitor apelante no ejercía de modo efectivo o material la custodia y por consiguiente, faltaría uno de los presupuestos recogidos en el citado precepto. El Tribunal fundamenta su decisión en la ausencia de convivencia habitual entre la menor y su padre, circunstancia esta que parece acreditarse con los elementos fácticos que obran en la causa. Ahora bien, la Audiencia no valora a tal fin si concurren en el asunto enjuiciado algunas de las circunstancias que, en virtud del art.5 CH 1980, quedan comprendidas en el concepto de derechos de custodia, tales como “el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”. Nótese aquí que el Tribunal británico sí que se ha manifestado acerca de tales extremos.

29. En relación a los argumentos de la Sentencia que resuelve el recurso de apelación, ha de traerse de nuevo a colación la interpretación dada por el Informe explicativo del Convenio, expuesta más arriba, que deja sentado que la convivencia previa al traslado o retención del menor no es un dato significativo en orden a determinar si existe o no custodia efectiva, aunque dispone que habrá que estar a cada caso concreto y examinar si la ausencia de convivencia obedece a motivos razonables. En efecto, el Informe reseñado pone en mayor medida el acento en otra circunstancia, cual es que el titular de la custodia se encargue del cuidado del menor. No obstante, se trata de criterios interpretativos y en último término, el Informe deja a la discrecionalidad del Juez la decisión de si en un supuesto determinado la custodia se ejerce o no de manera efectiva.

30. Sin embargo, a mayor abundamiento, aunque se hubieran atendido los argumentos de la parte recurrente en el sentido de que el progenitor apelante ejercía de forma efectiva la custodia sobre la menor, debe advertirse que la Sentencia de la Audiencia Provincial enumera una serie de pruebas, de las cuales se colige que el desplazamiento de la menor a España fue consentido por el progenitor. En consecuencia, tampoco procedería estimar la solicitud de restitución de la menor a Reino Unido, formulada por el recurrente, habida cuenta que dicho consentimiento pone en evidencia que no ha habido vulneración alguna de los derechos de custodia y por consiguiente, el traslado de la hija no sería ilícito con arreglo al art.3 CH 1980²⁹.

²⁸ Así lo defiende P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, 2008, pp.9-10.

²⁹ En relación con el consentimiento del progenitor al traslado o retención de un menor, la Circular 6/2015 de la Fiscalía

31. Dichas pruebas han sido valoradas de forma exhaustiva por la Audiencia Provincial, que acoge a este respecto los fundamentos de la sentencia recurrida en relación con la excepción del art.13 a) CH 1980, que, de cumplirse los presupuestos del art.3, podrían haber dado lugar a la desestimación de la pretensión de restitución. Ello, habida cuenta que el padre era conocedor de la intención de la madre de trasladarse con la niña a nuestro país, donde, además, el progenitor se había trasladado por motivos laborales y había fijado su residencia habitual, sin que éste manifestase objeción alguna al respecto, llegando, incluso, a indicar su deseo de matricular a la niña en un colegio en nuestro país y a ofrecerse a realizar la matrícula él mismo. También mostró su satisfacción por poder pasar más tiempo con la niña una vez se hubiera establecido en España y visitó la localidad donde madre e hija pensaban fijar su residencia, respecto de la cual exteriorizó ciertas dudas, que no se hicieron extensivas a la decisión de que la niña se instalase en nuestro país hasta una vez efectuado el traslado.

32. Aunque ni la resolución de instancia ni la Audiencia se pronuncian sobre ello, lo anterior enlazaría con la doctrina de los actos propios y con lo dispuesto en el art.7 Cc en relación con el principio de buena fe y la prohibición del abuso de derecho, antes estudiada, habida cuenta la existencia de evidentes contradicciones entre la actuación anterior a la demanda por parte del reclamante y su posterior solicitud de restitución de la menor a Reino Unido. Dicho comportamiento, como puede desprenderse de las comunicaciones y correos aportados por ambas partes al procedimiento, es lo suficientemente evidente, como para generar una confianza en la madre acerca de la aquiescencia del padre a que la menor se desplazase a nuestro país, estableciendo ambas aquí su residencia. No cabe duda de que la decisión posterior del padre, al poner en marcha el procedimiento de restitución de la hija al Reino Unido, sería contraria a sus propios actos, habida cuenta que se cumplen los presupuestos sentados por la jurisprudencia en relación con la expresada doctrina, tal como se ha estudiado en otro epígrafe del presente trabajo.

33. En consecuencia, lo razonable es entender que la acción entablada por el padre es contraria a la buena fe y se ha formulado de forma dolosa y con abuso de derecho. Todo ello con infracción del art.7 Cc. puesto que dicha reclamación puede interpretarse como un ejercicio desleal de sus derechos subjetivos, con el exclusivo propósito de causar un perjuicio a la madre de la menor³⁰.

General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en su apartado 4.6.4 dispone:” También conforme al art. 13 CH80 la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, Institución u otro Organismo que se opone a su restitución demuestra que el reclamante (...) había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.

Por tanto, si el reclamante consiente o posteriormente acepta el traslado o retención, su solicitud debe rechazarse conforme al principio *venire contra factum proprium non potest*.

De nuevo, la carga de la prueba recaerá en la parte que alega tal circunstancia, sin perjuicio de las posibilidades de actuación de oficio del órgano jurisdiccional.

El consentimiento que puede fundamentar la excepción ha de recaer sobre el traslado definitivo a un tercer país, no debiendo darse esta virtualidad a consentimientos para desplazamientos temporales. En este sentido puede citarse el AAP Madrid, secc. 22^a, de 31 de marzo de 2015, rec. 960/2014, que declara que “el consentimiento del padre al viaje de la niña a España junto con su madre como un acto propio del recurrente no puede, objetivamente, generar la confianza de un aquietamiento del padre al traslado definitivo de la niña a este país, pues, aquel comportamiento puntual y realizado, con ocasión de aquel conflicto - y período vacacional - no puede tener la proyección y vinculación que se pretende, como lo evidencia, en primer lugar, la redacción genérica del documento policial al que se ha hecho referencia y, en segundo lugar, la inmediata puesta en marcha por parte del padre, de cuantos procedimientos judiciales estuvieron a su alcance para lograr el regreso de Estela a su residencia habitual”.

Tampoco puede articularse la excepción en base a una mera autorización para viajar (AAP Vizcaya, secc. 4^a n° 473/2011, de 28 de junio; SAP Barcelona, secc. 18^a, n° 573/2013, de 1 de octubre).”

³⁰ Como ejemplos de doctrina jurisprudencial en torno al consentimiento del progenitor en supuestos de traslado o retención ilícitos de menores, pueden citarse, entre otras resoluciones: AAP Barcelona 27 noviembre 2018 [ECLI:ES:APB:2018:7912A]; SAP Pontevedra 17 abril 2018 [traslado de menor desde Zurich a España] [ECLI:ES:APPO:2018:354]; AAP Palencia 20 abril 2018 [restitución de menor a Inglaterra] [ECLI:ES:APP:2018:217]; SAP Alicante 18 abril 2016 [traslado de menores a Brasil] [CENDOJ 03065370092016100182]; SAP Pontevedra 14 marzo 2019 [menor con residencia en México retenida en España] [ECLI:ES:APPO:2019:737]; SAP Murcia 24 mayo 2018 [menor trasladado ilícitamente a España desde Rumanía] [ECLI:ES:APMU:2018:1395]; SAP Santa Cruz Tenerife 10 mayo 2018 [sustracción de menores desde Italia] [ECLI:ES:APTF:2018:628]; SAP Asturias 15 marzo 2017 [restitución de menores a Estados Unidos] [JUR/2017/106546]; SAP Baleares 28 julio 2016 [sustracción de menor desde Polonia a España] [CENDOJ 07040370042016100256]; SAP Zaragoza 19 enero 2016 [sustracción internacional de menores desde Italia] [CENDOJ 50297370022016100001]; SAP Barcelona 4 febrero 2014

V. A modo de conclusión

34. En los supuestos en los cuales se dirime un litigio en relación con una hipotética sustracción internacional de menores, como el dilucidado por la Audiencia Provincial de Oviedo, no cabe duda de que se produce una disyuntiva entre el deber de salvaguardar aquellas relaciones que se han visto modificadas con ocasión de un desplazamiento o retención de un menor en un país distinto del de su residencia habitual, y el respeto a la vida privada y familiar que trae causa de tales situaciones. En estos casos, no puede olvidarse que la principal víctima es siempre el menor, que se ve apartado de su entorno de vida habitual. Por este motivo, es el interés del menor la consideración primordial a la que habrán de atender todas las posibles soluciones que se arbitren en este tipo de conflictos.

35. Como se ha planteado en este trabajo, para dar respuesta a los supuestos de sustracción de menores, resulta fundamental el CH 1980, habida cuenta que se encuentra vigente en numerosos Estados. No obstante, en la práctica, la aplicación del Convenio da lugar a una serie de inconvenientes, debido a que presenta algunas carencias y lagunas, que no siempre resulta fácil integrar. En este sentido, la presente exposición ha desarrollado algunos de los problemas relacionados con la interpretación de los arts. 3 y 13 CH 1980. Ciertamente, como se ha explicado, no siempre resulta sencillo establecer cuando un traslado o retención de un menor fuera del país donde tiene su centro social de vida puede calificarse de ilícito, en el sentido del art.3 del Convenio. Y por otro lado, tras analizar el art. 13, se han podido desentrañar algunas de las complicaciones que surgen en orden a determinar el contenido y alcance de aquellas excepciones a la restitución inmediata y con carácter urgente del menor en aquellas situaciones en las que el Convenio considera plenamente justificado apartarse de este principio general.

36. Estas son algunas de las cuestiones que deben abordar en su día a día los Juzgados y Tribunales españoles. Tal ha sido el caso del Juzgado de Primera Instancia n^o 7 de Oviedo y de la apelación resuelta por la Audiencia Provincial a la sentencia dictada por ese Juzgado. De la primera de dichas resoluciones cabe destacar que considera improcedente la restitución de la menor con fundamento en el art.13 a) CH 1980, a la vista de que existe consentimiento del padre reclamante al traslado de su hija con su madre a nuestro país. Estos argumentos son avalados por la Audiencia Provincial, pero, en primer término, fundamenta la desestimación de la petición de restitución en que el traslado no es ilícito por no cumplir con los requisitos del art.3 CH.

37. En este punto, hay que decir que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo ha procedido correctamente al examinar en primer lugar la concurrencia de los requisitos del art.3 del Convenio. Ahora bien, el fundamento de dicha decisión debería situarse en que, habiendo quedado acreditado el consentimiento del padre reclamante, tampoco se ha producido infracción de los derechos de custodia de dicho progenitor, y por consiguiente, resulta irrelevante que, con posterioridad, haya manifestado su desacuerdo al traslado de su hija a España, iniciando el procedimiento de retorno previsto en el CH 1980.

38. Justamente, porque no se ha vulnerado el derecho de custodia, puede afirmarse que, en supuestos como este, no se trata de que concurra una de las excepciones previstas por el Convenio para la no restitución del menor sino que, en realidad, el traslado del menor a otro país-España en el asunto enjuiciado por la Audiencia- no puede considerarse ilícito con arreglo al art.3 CH 1980, debido a que el padre apelante consintió el desplazamiento de la hija y ya no puede cambiar de opinión. Ello comporta

[traslado de menor a Méjico y guarda] [CENDOJ 08019370182014100104]; SAP Baleares 9 febrero 2018 [retención de menor en España] [ECLI:ES:APIB:2018:267]; SAP Lugo 20 septiembre 2017 [falsa sustracción de menores] [ECLI:ES:APLU:2017:515]; SAP Asturias 5 julio 2013 [CENDOJ 33024370072013100293]; AAP Madrid 15 octubre 2002 [CENDOJ 28079370222002200281]; SAP Asturias 30 abril 2007 [restitución de menores a Argentina] [CENDOJ 33024370072007100172]; SAP Pontevedra 2 mayo 2019 [menores españoles trasladados desde Francia a España] [ECLI:ES:APPO:2019:1074].

que la acción de restitución ejercitada por el progenitor reclamante no quede amparada por los mecanismos del Convenio, dado que el mismo no resulta de aplicación.

39. En definitiva, en palabras del Profesor Javier Carrascosa, cabe concluir que la “teoría de los actos propios está incrustada y viva en el art. 3 del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980³¹.”

³¹ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La doctrina de los actos propios, una sentencia de divorcio dictada en el extranjero y una sucesión en favor de la esposa abierta en España”, publicado el 11 de junio de 2022 en *ACCURSIO DIP Blog*, <http://accursio.com/blog/?p=1513>.

La determinación de la ley aplicable al contrato de cesión de créditos con elemento internacional. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 21 de junio de 2022

The determination of the law applicable to the contract for the assignment of receivables with an international element. Regarding the judgment of the Provincial Court of Soria of June 21, 2022

M^a JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora de Derecho Internacional Privado (Universidad San Jorge)
Magistrada Suplente*

Recibido:14.12.2022 / Aceptado:31.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7584

Resumen: Los litigios que tienen por objeto una cesión de créditos con elemento internacional plantean numerosos inconvenientes, en particular, por lo que respecta al sector de la ley aplicable. En el caso de la Sentencia examinada, la Audiencia Provincial de Soria rechaza la aplicación directa del Derecho Privado interno, sin el previo recurso a las normas de Derecho internacional privado vigentes en España, declarando que el Tribunal se encuentra facultado para aplicar de oficio las normas de conflicto relativas a la ley aplicable al contrato de cesión de créditos. Ello, con la finalidad de verificar si ha tenido lugar válidamente la sucesión procesal por transmisión del crédito litigioso en favor de la empresa demandante.

Palabras clave: Cesión de créditos, Derecho Internacional Privado, Reglamento Roma I, ley aplicable.

Abstract: Disputes involving an assignment of receivables with an international element raise numerous problems, particularly as regards the area of applicable law. In the case of the judgment under consideration, the Provincial Court of Soria rejects the direct application of domestic private law, without prior recourse to the rules of private international law in force in Spain, declaring that the Court is empowered to apply ex officio the conflict rules relating to the law applicable to the contract of assignment of receivables. This, with the purpose of verifying whether the procedural succession by transfer of the disputed claim in favor of the plaintiff company has validly taken place.

Keywords: Assignment of receivables, Private International Law, Rome I Regulation, applicable law.

Sumario: II. Estado de la cuestión. II. Estudio de la SAP Soria de 21 de junio de 2022. 1. Planteamiento general. 2. Análisis del fallo de la SAP Soria de 21 de junio de 2022. III. Reflexiones finales.

I. Estado de la cuestión

1. Antes de abordar el estudio de la SAP Soria de 21 de junio de 2022 (ECLI:ECLI:ES:APSO:2022:272)¹, parece oportuno poner de relieve una serie de consideraciones generales. Así, primeramente, hay que distinguir el contrato de cesión de créditos de otras modalidades contractuales, tales como la cesión de contrato, la asunción de deudas, la novación subjetiva, el contrato a favor de tercero o por persona a designar y el subcontrato². En concreto, el contrato de cesión de créditos se caracteriza por que se aplica a toda clase de créditos, cualquiera que sea su fuente, y por que lo que se transfiere es la titularidad activa de la relación contractual, sin que varíe la pasiva³. O lo que es lo mismo, en virtud del contrato de cesión un acreedor (cedente) transmite a otro sujeto (cesionario) un derecho de crédito, de tal manera que, a partir de entonces, el cesionario, pasa a ocupar la posición de nuevo acreedor de quien era deudor del cedente. A su vez, las obligaciones y derechos de cedente y cesionario derivarán del contrato formalizado entre ambas partes⁴.

2. En segundo término, cabe mencionar el notable auge que viene experimentando en nuestro país la figura de la cesión de créditos. Ello trae causa de las altas tasas de morosidad bancaria, lo cual motiva la cesión-la mayoría de las ocasiones en bloque- de carteras de créditos contraídos por deudores insolventes, por parte de las entidades financieras a favor de fondos de inversión de alto riesgo, que tienen su domicilio en el extranjero. Este tipo de prácticas da lugar a numerosos litigios, que plantean inconvenientes, en particular, por lo que respecta al sector de la ley aplicable, obligando a los juzgados

¹ Conviene recordar que el Tribunal que dictó la SAP Soria 21 junio de 2022 es un órgano colegiado, compuesto por tres Magistrados, cuya toma de decisiones se lleva a cabo mediante el voto favorable de la mayoría de sus miembros, pudiendo cualquiera de ellos, formular un voto particular en el supuesto de que disienta del criterio mayoritario de la Sala. Si bien, por turno de reparto, se designó a la Magistrada Ponente, tras una deliberación conjunta del asunto, la Sala, en el presente caso, pronunció el fallo por unanimidad.

Se pueden encontrar referencias a esta Sentencia en: J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Tribunal se encuentra facultado para aplicar de oficio las normas de conflicto correspondientes a la ley aplicable al contrato de cesión de créditos (SAP Soria 1^a 21 junio 2022)”, *El Blog de José Carlos Fernández Rozas*, 24 octubre 2022, <https://fernandezrozas.com/2022/10/24/el-tribunal-se-encuentra-facultado-para-aplicar-de-oficio-las-normas-de-conflicto-correspondientes-a-la-ley-aplicable-al-contrato-de-cesion-de-creditos-sap-soria-1a-21-junio-2022/>, y E. TORRALBA MENDIOLA, “Ausencia de legitimación activa para reclamar un crédito por falta de datos suficientes para determinar la ley aplicable al contrato por el que se cedió”, *Gómez-Acebo & Pombo*, Publicaciones, 11 noviembre 2022, <https://www.ga-p.com/publicaciones/ausencia-de-legitimacion-activa-para-reclamar-un-credito-por-falta-de-datos-suficientes-para-determinar-la-ley-aplicable-al-contrato-por-el-que-se-cedio/>.

² Sobre las diferencias entre las mencionadas figuras contractuales, consúltese, N. MARCHAL ESCALONA, “La cesión de contrato”, en S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 3 edición, t. II, Civitas, Madrid, 2016, pp. 501-532. La autora explica que la cesión del contrato opera respecto a relaciones contractuales y lo que se transmite es la posición completa de una de las partes, mientras que en la asunción de deudas se produce la transmisión de la titularidad pasiva de la relación, aplicándose a todo el derecho de obligaciones. Asimismo, la citada autora pone de relieve que la novación comporta la sustitución de uno de los titulares en la relación obligatoria por uno nuevo, ocupe la titularidad activa o la pasiva, surgiendo una nueva relación, al mismo tiempo que se extingue la originaria. En cuanto al contrato a favor de tercero, Marchal Escalona incide en que lo característico de esta figura es que el cesionario pasa a ser parte de la relación contractual, mientras que el beneficiado de la estipulación nunca es parte en la relación estipulante. Por su parte, la autora expone que en los contratos con la cláusula «por persona a designar» las partes acuerdan la posibilidad de nombrar como parte contratante a otra persona que ocupará el lugar del estipulante; mientras que en el subcontrato se crea un nuevo contrato distinto del original.

Respecto a la cesión de créditos, véase también, M. REQUEJO ISIDRO, *La cesión de créditos en el comercio internacional*, Servicio de Publicaciones de Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid 2009, pp. 256-262 y A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cesión de créditos. Ley aplicable”, *Litigación internacional en la Unión Europea II*, volumen II, 1a ed., Aranzadi, Navarra, 2017. Igualmente, en cuanto al régimen del Convenio de Roma de 1980, puede consultarse, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ E I. HEREDIA CERVANTES, “La cesión de créditos: reflexiones sobre los problemas de ley aplicable”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 56, N^o 3, 2003, pp. 969-991.

³ Vid. N. MARCHAL ESCALONA, “La cesión de contrato”, en S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 3 edición, t. II, Civitas, Madrid, 2016, pp.501.532.

⁴ En este sentido, consúltese: A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cesión de créditos. Ley aplicable”, *Litigación internacional en la Unión Europea II*, volumen II, 1a ed., Aranzadi, Navarra, 2017, p.257. y A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Ley aplicable a la oponibilidad frente a terceros de una cesión de créditos. comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de octubre de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, N^o 2, pp.1107 y 1108.

y tribunales españoles a aplicar las normas de Derecho Internacional privado vigentes en nuestro país, habida cuenta la presencia de un elemento internacional en la cesión⁵.

3. En especial, surgen dificultades a la hora de dilucidar cual es la ley aplicable tanto al crédito como a la cesión, y más aún, si han tenido lugar sucesivas y múltiples cesiones de un mismo crédito por el mismo acreedor a sucesivos cesionarios⁶. Para dar respuesta a la cuestión de la determinación del concreto ordenamiento jurídico aplicable a la cesión de créditos con elemento internacional, forzosamente, habrá que recurrir a la norma de conflicto reguladora de dicha categoría jurídica, que localizará la relación en un Estado determinado, cuyo Derecho gobernará el contrato internacional de cesión. En este punto, hay que advertir que, debido a su carácter multilateral, la norma de conflicto puede conducir a la aplicación tanto de la ley del foro como de la ley de un país extranjero.

4. En el caso de un litigio en el cual, como sucede en el supuesto resuelto por la Audiencia Provincial de Soria, haya que verificar cuál es la ley rectora del contrato de cesión de créditos, los criterios a tomar en consideración a tal fin por los órganos jurisdiccionales españoles serán los previstos en el Reglamento Roma I (en adelante, RRI)⁷, que tiene carácter universal y eficacia erga omnes y en cuya virtud, la ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro (art.2). El citado Reglamento desplaza a nuestra norma de conflicto de producción interna, el art.10.5 Cc, justamente, dado, como se ha dicho ya, el carácter universal del RRI y teniendo en cuenta además el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho nacional de los Estados miembros⁸.

5. El RRI incorpora el criterio de la autonomía de la voluntad de las partes como una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales (Cons.11). De este modo, el Reglamento establece en primer lugar que el contrato de cesión se regirá por la ley elegida por las partes (art.3 en relación con el art.14.1). Dicha elección podrá ser expresa o deducirse de los términos del contrato de manera inequívoca. En defecto de elección de ley, las relaciones entre el cedente y el cesionario de un derecho contra otra persona (“el deudor”), se regirán por la ley que, en virtud del presente Reglamento, se aplique al contrato que les ligue (art.14.1). Será la ley que gobierne el crédito cedido la que determinará su transmisibilidad, así como las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión al deudor y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor (art.14.2). Ténganse en cuenta aquí que el concepto de cesión incluye las transferencias plenas

⁵ Esta autora ha comentado algunos problemas prácticos con los que se encuentran los tribunales españoles al conocer de un litigio cuyo objeto es una cesión de créditos internacional. En este sentido, Vid. M.J. SÁNCHEZ CANO, “Régimen jurídico de la cesión de créditos con elemento internacional: Una visión desde el día al día de una Audiencia Provincial”, en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional privado y sociedad global: Los principios del Derecho Romano en el Derecho Internacional Privado Europeo*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp.299-307.

⁶ Este último supuesto fue analizado por la STJUE, de 9 de octubre de 2019, Asunto C-548/18 (ECLI:EU:C:2019:848), en la que se resuelve que “el artículo 14 del Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), debe interpretarse en el sentido de que no designa, ni directamente ni por analogía, la ley aplicable a la oponibilidad frente a terceros de una cesión de créditos en caso de cesiones múltiples de un crédito por el mismo acreedor a sucesivos cesionarios.” En lo referente a este tema, algún autor ha indicado que, puesto que la cuestión no se encuentra amparada en el RRI, los EEMM pueden establecer la regulación que estimen oportuna. En el caso de España se aboga por acudir al art. 17.3 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que indica que la oponibilidad a terceros de las cesiones o de prendas crediticias se sujetan a la ley aplicable al crédito cedido o pignorado. Vid. A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Ley aplicable a la oponibilidad frente a terceros de una cesión de créditos. comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de octubre de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, N° 2, p.1109. Véase también la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A52018PC0096> y acerca de ella, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La Propuesta de Reglamento sobre ley aplicable a la cesión de créditos”, <https://almacenderecho.org/la-propuesta-reglamento-ley-aplicable-la-cesion-creditos>.

⁷ 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.

⁸ Sobre el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, Vid, STJCE de 15 de julio de 1964, Asunto 6-64 (ECLI:EU:C:1964:66).

de derechos, las transferencias de derechos a título de garantía, así como las prendas u otros derechos de garantía sobre los derechos (art.14.3 RRI)⁹.

6. Otro aspecto que conviene precisar es el de la imperatividad de la norma de conflicto. A este respecto, deben hacerse una serie de puntualizaciones¹⁰:

- 1^a) El legislador europeo no ha establecido una normativa general en relación con el funcionamiento de las normas de conflicto de Derecho Internacional privado de la Unión Europea, sino que cada Reglamento europeo en materia de ley aplicable contiene sus propias reglas de funcionamiento. Por el contrario, el Derecho Internacional privado español de producción interna contempla en el art.12 Cc.un conjunto de normas de funcionamiento que operan respecto de todas las normas de conflicto españolas de producción interna y para todo tipo de materia regulada.
- 2^a) Sentado lo que antecede, debe indicarse que, en lo referente a nuestro sistema de producción interna, la imperatividad de la norma de conflicto se recoge en el art.12.6 Cc. en cuya virtud los tribunales y autoridades públicas españolas se encuentran vinculadas a las normas de conflicto y en consecuencia, deben aplicarlas obligatoriamente en el caso de que concurren los presupuestos para su aplicación. Ello, incluso de oficio, con independencia de que las partes hayan invocado las correspondientes normas de conflicto o hayan fundamentado en las mismas sus pretensiones, toda vez que constituyen normas imperativas o normas de *ius cogens*, o normas de orden público. Esta es la postura defendida unánimemente por nuestros tribunales en la actualidad y desde el año 1974, incluido el Tribunal Supremo¹¹.
- 3^o) No obstante, aunque, como se ha indicado más arriba, el legislador europeo no ha dictado normas sobre el funcionamiento general de la norma de conflicto y en consecuencia, no ha previsto una disposición específica que establezca que la norma de conflicto debe aplicarse de forma imperativa, lo cierto es que la imperatividad de las normas de conflicto previstas en los Reglamentos de Derecho Internacional privado de la Unión Europea, tales como el RRI, se desprende del art.288.TFUE (antiguo art.249 TCE). Esto es así, toda vez que el mencionado precepto deja sentado que el Reglamento tendrá un alcance general y será obligatorio en todos sus elementos, resultando directamente aplicable en cada Estado miembro¹². Igualmente, de acuerdo con el art.288 TFUE, las normas de conflicto previstas en las Directivas gozan

⁹ A mayor abundamiento, cabe traer a colación lo dispuesto en el Considerando 38 del RRI, en virtud del cual: “En el contexto de una cesión de créditos voluntaria, el término “relaciones” debe aclarar que el artículo 14, apartado 1, se aplica también a los aspectos jurídico-reales de una cesión de crédito entre cedente y cesionario en aquellos ordenamientos jurídicos en que dichos aspectos se tratan separadamente de los aspectos relativos al Derecho de obligaciones. No obstante, el término “relaciones” no debe entenderse como referido a cualquier relación entre cedente y cesionario que pueda existir. En particular, no debe abarcar cuestiones preliminares relativas a una cesión de créditos voluntaria o a una subrogación convencional. El término debe limitarse estrictamente a aquellos aspectos directamente pertinentes a la cesión de créditos voluntaria o a la subrogación convencional de que se trate.”

¹⁰ Sobre este particular, Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 540-556, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales”, *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa* (X. ABEL LLUCH, J. PICÓ I JUNOY, MANUEL RICHARD GONZÁLEZ (dir.)), La Ley, Madrid, 2011, pp. 477-499.

¹¹ Vid. STS 17 abril 2015 [CENDOJ] 28079110012015100235], STSJA 6 octubre 2015 [RJ 2015/4645], SAP Zaragoza 26 noviembre 2013 [CENDOJ] 502973002203100378], entre otras muchas. En el mismo sentido, consúltese también la RDGRN 22 febrero 2012 [RJ 2012/5959].

¹² Recuérdese aquí lo previsto en los Considerandos 1 y 2 del RRI, que inciden en que, entre los objetivos de la Unión Europea se encuentra el de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia y por tanto, para el establecimiento progresivo de ese espacio, se han de adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, que, de conformidad con el artículo 65, letra b) TCE (actual art.81.2 c) TFUE), habrán de incluir las que fomenten la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción. Asimismo, el Considerando 6 del RRI dispone que “el correcto funcionamiento del mercado interior exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales, que las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio.”

de ese carácter imperativo, a tenor de lo dispuesto en el citado artículo, que prevé que “la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.”

7. Una vez expuestas las anteriores consideraciones, se analizarán las conclusiones alcanzadas por la SAP Soria de 21 de junio de 2022 poniendo en relación los antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho de la citada resolución con el planteamiento de la cuestión que se ha llevado a cabo en el presente epígrafe.

II. Estudio de la SAP Soria de 21 de junio de 2022

1. Planteamiento general

8. Los hechos enjuiciados traen causa de la demanda interpuesta por la mercantil “PRA IBERIA, S.L.U.” frente a varios particulares y a una empresa, a los que reclama 48.965,61 € en concepto de principal, más otros 8,902,89 € y 1.0743,10 €, en concepto de intereses ordinarios e intereses demora, respectivamente, y las costas.

9. Del escrito de demanda y de la documentación que se adjunta con el mismo, se infiere que el litigio tiene por objeto un supuesto de cesión de créditos. Concretamente, de la certificación notarial que se acompaña en la demanda, se desprende que hubo dos operaciones de cesión, de las cuales traía causa el crédito litigioso y que se documentaron en los siguientes términos:

- a) Una primera operación por la cual la sociedad “AKTIV KAPITAL PORTFOLIO AS, OSLO, SUCURSAL EN ZUG”, adquirió, en virtud de escritura de cesión de crédito, de las sociedades “FINANMADRID S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO” los derechos y obligaciones derivados de las operaciones de crédito que aparecen consignadas en un CD de datos depositado en el mismo anexo unido a la escritura, con un total de 16.590 operaciones cedidas, entre las cuales se encontraba la correspondiente a los demandados, que estaba recogida en el anexo de la escritura.
- b) Y una segunda operación por la cual la empresa “AKTIV KAPITAL PORTFOLIO AS, OSLO, SUCURSAL EN ZUG” y la mercantil “PRA IBERIA S.L.U.” formalizaron en España y en escritura pública autorizada por Notario, un contrato de cesión de créditos, por el cual la compañía “AKTIV KAPITAL PORTFOLIO AS, OSLO, SUCURSAL EN ZUG”, transmitía en bloque a favor de “PRA IBERIA, S.L.U.” todos los portfolios adquiridos en España por la primera de las sociedades mencionadas a “FINANCIANMADRID S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO.” Se advierte que se incluye el patrimonio en el que se comprende, entre otros, el portfolio adquirido en virtud de la escritura de cesión de crédito que se indica y la deuda que por dicha acta se certifica. Esta cesión quedó anotada en el correspondiente protocolo mediante diligencia practicada en virtud de la comunicación que se hizo al Notario de la cesión referenciada.

10. De la documentación obrante en autos, se constata igualmente que en ambas cesiones de crédito aparece un elemento extranjero, toda vez que la entidad “AKTIV KAPITAL PORTFOLIO AS, OSLO, SUCURSAL EN ZUG”, es una sociedad noruega que opera a través de la sucursal que tiene en Zug (Suiza). Esta circunstancia pasó desapercibida por la mercantil demandante, que no la invocó en el escrito de demanda, así como para la parte demandada, que tampoco la alegó en ningún momento.

11. El Juzgado de Primer Instancia nº 4 de Soria dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta por “PRA IBERIA S.L.U.”, sobre la base de que no había quedado acreditada la legitimación activa de dicha sociedad, al no haberse acreditado suficientemente por parte de la actora la titularidad

del crédito que reclama frente a los demandados. Ahora bien, la resolución de instancia no tiene en cuenta la presencia de un elemento extranjero en el asunto enjuiciado y en consecuencia, tampoco entra a valorar consideraciones de Derecho Internacional privado. Ni que decir tiene que resulta criticable este desconocimiento por parte del Juez de Primera Instancia de que se encontraba ante una situación privada internacional y de que, por consiguiente, para resolver el litigio debió aplicar de oficio las normas de conflicto vigentes en España. En el siguiente epígrafe se analizarán los razonamientos esgrimidos por el Tribunal “ad quem” en relación con la falta de pronunciamiento del Juzgador “a quo” acerca de las cuestiones de Derecho Internacional privado.

12. Contra la sentencia de instancia formuló la parte actora, “PARA IBERIA S.L.U.” recurso de apelación con fundamentando en los siguientes motivos: Primero: Infracción de las normas de procedimiento. de la inadmisión de la prueba propuesta con influencia decisiva en el pleito: infracción del art. 360 y 381 LEC Vulneración del artículo 24 CE (RCL 1978, 2836); Segundo: Error en la valoración de la prueba: certificado notarial de cesión. Infracción de los artículos 318 y 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 10 del mismo texto legal; Tercero: Falta de motivación. Del error, por omisión, del conjunto de la prueba aportada; Cuarto: Petición subsidiaria. Condena en costas en primera instancia. Aplicación del art. 394.1 LEC: concurrencia de serias dudas de hecho y derecho. Solicita, por tanto, la parte recurrente la revocación de la resolución apelada y que se tenga por acreditada la cesión.

13. La parte demandada se opuso a las pretensiones formuladas de contrario en el recurso de apelación.

2. Análisis del fallo de la SAP Soria de 21 de junio de 2022

14. La Audiencia Provincial comienza centrandó el objeto de la litis, dejando sentado que la cuestión litigiosa trae causa de un supuesto de cesión en bloque de una cartera de créditos. Al mismo tiempo, el Tribunal “ad quem”, pone en evidencia que, en muchos de estos casos, bien la mercantil cedente o bien la empresa cesionaria suelen estar domiciliadas en el extranjero, lo cual conduciría obligatoriamente a la aplicación de las normas de Derecho Internacional privado en vigor en nuestro país, toda vez que esto resulta necesario para determinar la validez y condiciones de la cesión y sus efectos frente al deudor, de conformidad con la ley rectora de la relación jurídica en cuestión. El asunto no es baladí, toda vez que lo primero que considera la Audiencia que ha de dilucidar, a fin de determinar si la parte actora dispone de legitimación activa, es si ha tenido lugar la sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso, para lo cual deberá establecer la validez del contrato de cesión concertado entre “AKTIV KAPITAL PORTFOLIO AS, OSLO, SUCURSAL EN ZUG” y la ahora apleante, “PRA IBERIA, S.L.U.” Todo lo cual dependerá de la ley reguladora del contrato de cesión.

15. Al contrario que la resolución apelada, la Sentencia dictada en segunda instancia sí que se percató de la presencia de elementos extranjeros en la situación, derivados de la nacionalidad noruega de la empresa cedente y de que la misma opera a través de una sucursal que tiene en Suiza. A este respecto, el órgano jurisdiccional “ad quem” observa como ni las partes ni el Juzgado de Primera Instancia han realizado manifestación alguna acerca de esta cuestión, advirtiendo, con muy buen criterio, que es doctrina jurisprudencial consolidada del Tribunal Supremo que, cuando las partes no invocan la existencia del elemento internacional, corresponde al Tribunal que conoce de la causa acreditarlo de oficio. En este punto, la Audiencia recuerda que la mera existencia de un elemento extranjero resulta suficiente para calificar una relación como de Derecho Internacional privado, en tanto que conecta la situación con un país extranjero y es susceptible de generar un conflicto de leyes. Por tal motivo, el Tribunal rechaza la aplicación directa del Derecho Privado interno, sin el previo recurso a la norma de conflicto, a través de la cual, tal como acertadamente explica la Audiencia Provincial, la situación quedará localizada en un concreto Estado, cuyo ordenamiento jurídico resultará aplicable a la resolución del litigio, y en el cual se encontrará la respuesta sustantiva al problema planteado.

16. Aquí, debe advertirse que el elemento extranjero no es un mero dato de hecho, sino un elemento de la estructura misma de la norma de conflicto. Por tanto, el Tribunal, tal como ha hecho la Audiencia Provincial de Soria, ha de tener presentes de oficio tales elementos extranjeros, pero, no como datos de hecho o puros “hechos”, sino como un presupuesto normativo de la norma de conflicto¹³. Por ello, cuando, como en el caso que nos ocupa, la Sentencia de instancia ignora los elementos extranjeros que concurren en el supuesto de hecho examinado, la Sala de apelación no solo tiene la posibilidad, sino que, además, está obligada, a tomarlos en consideración para dar una respuesta conforme a Derecho al asunto enjuiciado.

17. A este respecto, también cabe observar que es importante distinguir entre la aplicación de oficio de las normas de conflicto, aspecto este donde se aplican el art.12.6 Cc y el art.288 TFUE, como a continuación se expondrá, y la acreditación de oficio de los elementos extranjeros. Esto deriva del carácter jurídico de la norma de conflicto, dado que, no se olvide, se trata de una norma jurídica, no de un principio general ni de una norma de *soft law* o de una mera *guideline*.¹⁴

18. Por otra parte, la Sala fundamenta sus razonamientos en el art.12.6 Cc, apoyándose asimismo en consolidada doctrina jurisprudencial e insistiendo en la obligación que tienen todos tribunales y autoridades españolas de aplicar de oficio las normas de conflicto españolas, con independencia de que las partes las hayan alegado y sin que resulte posible prescindir de ellas. Por consiguiente, la Audiencia Provincial declara que está facultada para aplicar de oficio las normas de conflicto que permiten establecer la ley aplicable al contrato de cesión de créditos, que, en el supuesto enjuiciado, se encuentran recogidas en el RRI. Aquí, igualmente, cabe puntualizar que, sin perjuicio de lo dispuesto en el art.12.6 Cc y a pesar de que el legislador europeo no haya previsto disposición específica sobre la imperatividad de la norma de conflicto, tal como se ha puesto de manifiesto más arriba, tratándose de un Reglamento de la Unión Europea, es posible justificar la imperatividad de sus normas de conflicto en el art.288.TFUE (antiguo art.249 TCE). Ello, habida cuenta el alcance general, la obligatoriedad en todos sus elementos y el principio de aplicabilidad directa en todos los Estados miembros, que el citado precepto del TFUE predica en relación con los Reglamentos.

19. Respecto del RRI, el órgano jurisdiccional “ad quem”, apoyándose en la STJUE, de 9 de octubre de 2019 (Asunto C-548/18), a la que se ha aludido al principio del presente trabajo, lo declara aplicable para establecer cuál es la ley que gobernará las dos operaciones de cesión de créditos objeto de la controversia. Así, la Audiencia Provincial se remite a lo dispuesto en los arts.3 y 14.1 RRI para resolver que la ley aplicable al contrato de cesión de créditos será, en primer lugar, la elegida por las partes, y que, en ausencia de elección de ley, corresponderá al Derecho designado por el Reglamento, como aplicable al contrato que vincule a las partes, regular cuestiones tales como las relaciones entre el cedente y el cesionario, o entre el subrogante y el subrogado de un derecho contra el deudor. La Sala también señala que la transmisibilidad del crédito cedido, las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión al deudor, así como el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor, dependerán de la ley que regule el crédito cedido (art.14.2 RRI).

¹³ Esta tesis es original de N. BOSCHIERO, “Norme di diritto internazionale privato facoltative”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1993, pp. 541-588. De manera menos clara (pero también) aparece esta idea en Y. LEQUETTE, “L’abandon de la jurisprudence Bisbal (a propos des arrêts de la Première chambre civile de 11 et 18 octobre 1988)”, *Revue critique de droit international privé*, 1989, pp. 277-339. “El “elemento extranjero” debe ser acreditado de oficio porque no es un mero “hecho procesal”, sino un “elemento jurídico de la norma de DIPr.” (N. BOSCHIERO, Y. LEQUETTE). Por lo demás, como señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González, “Si el “elemento extranjero” fuera un mero “hecho fáctico”, el juez no lo podría tener por existente en el proceso sin previa aportación de parte (art. 282 LEC). Sin embargo, se trata de una auténtico presupuesto jurídico de la aplicación correcta de las normas españolas y europea de DIPr. Su apreciación de oficio garantiza la igualdad en la administración de la Justicia, pues todos los casos con “elementos extranjeros” se sujetarán al DIPr., y no es relevante que las partes “escondan” o no los datos extranjeros del caso y/o no los quieran hacer valer en estrados.” Vid. . A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p.123.

¹⁴ Así lo entienden A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Op. Cit.*

20. A la vista de los anteriores argumentos, la Audiencia Provincial rechaza los motivos de la recurrente referentes a que el acta notarial reúne los requisitos previstos en el art.154 del Reglamento de la Organización del Régimen del Notariado para calificarlo como documento público, habida cuenta que, con independencia de ello, ni dicha acta ni el contrato formalizado entre los demandados y “FINANMADRID S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO”, permiten deducir cuál es la ley rectora de la validez y las condiciones de las diferentes operaciones de cesión, así como de las relaciones entre las partes. No habiéndose aportado por la parte actora otras pruebas que prueben tales extremos.

21. En atención a lo expuesto, habida cuenta que la parte demandante no ha acreditado de manera suficiente la titularidad del crédito reclamado frente a la parte demandada, la Audiencia Provincial concluye que debe prosperar la falta de legitimación activa de la actora, tal y como fue invocada por los demandados.

22. Para terminar, la Sala tampoco aprecia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art.24 CE), aducida en el escrito del recurso de apelación, por haberse denegado la práctica de la prueba solicitada en primera instancia y cuya solicitud se había vuelto a reiterar como petición subsidiaria al impugnar la sentencia recurrida. Y ello, puesto que las pruebas propuestas no hubieran permitido acreditar la legitimación activa de la mercantil demandante, en tanto que la parte recurrente no tomó en consideración a la hora de formular su petición la existencia de un elemento transfronterizo en los contratos de cesión. Esto es muy relevante, porque de la falta de acreditación de los elementos del caso deriva la imposibilidad de acreditar cuál es la concreta Ley aplicable a la cesión de créditos, que permitiría probar la titularidad de la obligación reclamada. Frente a ello, el Tribunal, muy correctamente, señala que no va a aplicar el Derecho sustantivo español, sino que lo que va a hacer es desestimar las pretensiones de la parte actora¹⁵.

III. Reflexiones finales

23. La SAP Soria de 21 de junio de 2022 constituye uno más de los numerosos casos en los que los Juzgados y Tribunales españoles han de dar respuesta a las dificultades que suscitan los litigios que tienen por objeto un contrato de cesión de créditos con elemento transfronterizo y en los cuales, el principal problema a resolver es el de la determinación de la ley rectora de dichos contratos.

24. En relación con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, hay que dejar constancia de que sus razonamientos resultan ajustados a Derecho, en tanto que ha alcanzado sus conclusiones tomando en consideración la imperatividad de las normas de conflicto vigentes en nuestro país, lo que ha conducido al Tribunal “ad quem” a aplicarlas de oficio y sin que las partes las hayan alegado. Ello le ha permitido emitir el fallo sobre la base de lo dispuesto en el RRI, aplicable para determinar la ley reguladora de la validez de la cesión, así como para establecer el Derecho que habrá de regir las relaciones entre el cesionario y el deudor, entre otros extremos.

25. Sin embargo, supuestos como el que nos ocupa ponen también en evidencia la ignorancia de las normas de Derecho Internacional privado por parte de algunos operadores jurídicos, al formular sus peticiones sin atender a la presencia de un elemento internacional en la relación jurídica litigiosa y planteando la cuestión como si el objeto de la controversia fuese una situación meramente interna. Tal como ha ocurrido en el caso sometido a la consideración de la Audiencia Provincial de Soria, en el cual, ninguna de las partes ha invocado la aplicación del RRI.

¹⁵ No se olvide aquí, lo dispuesto en el art.218 LEC, en el sentido de que “El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.

26. Igualmente, este desconocimiento de las normas de Derecho Internacional privado hay que hacerlo extensivo a algunos órganos jurisdiccionales españoles, como es el caso del Juzgado de Primera Instancia de Soria, que obvió los elementos transfronterizos existentes en el objeto de la litis, al dictar la resolución frente a la cual se interpuso el recurso de apelación resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial. Como consecuencia de esto, el Juez “a quo” también se olvidó de la obligación que tienen todos los Tribunales y autoridades españolas de aplicar de oficio las normas de conflicto españolas, dado que se trata de normas imperativas o de *ius cogens*.

27. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria objeto de estudio ha puesto de manifiesto la imposibilidad de aplicar directamente el Derecho sustantivo español, sin el previo recurso a las normas de conflicto en vigor en España y por consiguiente, sin verificar si las mismas, en verdad, remiten a la ley española o por el contrario, designan a un Derecho extranjero para dar respuesta a la cuestión litigiosa. Probablemente, la causa de que se siga observando una tendencia a la aplicación con preferencia de la ley del foro por parte de los órganos jurisdiccionales españoles sea la complejidad que presenta en la actualidad nuestro sistema de Derecho Internacional privado¹⁶, unida a las dificultades que comporta la prueba del Derecho extranjero, cuando las normas de conflicto designan la ley de otro país.

28. Lo cierto es que, en la actualidad y en buena parte, gracias a la labor emprendida por el legislador europeo, el sistema de Derecho Internacional privado aplicable en España ha dejado de estar compuesto por cuatro artículos del Código Civil, como se ha dicho en más de una ocasión, en clara alusión a los artículos 8 al 12 de dicho texto legal. En este punto, cabe referirse a la europeización de nuestro Derecho, formado ahora por dos ordenamientos jurídicos, pues, no en balde, y en particular, por lo que respecta al Derecho Internacional privado, no puede desconocerse que del art.81 TFUE se desprende que las instituciones de la UE están facultadas para elaborar un sistema de Derecho Internacional privado europeo independiente, aplicable en los Estados miembros, cuya finalidad consiste en la creación de un espacio judicial europeo, al mismo tiempo que potencia las libertades de circulación, que podrían verse obstaculizadas por los Derechos nacionales¹⁷.

29. Por este motivo, resulta imprescindible que todos los operadores jurídicos reciban una adecuada formación en materia de Derecho Internacional privado, a fin de evitar la comisión de errores como los que se han venido exponiendo a lo largo del presente trabajo.

¹⁶ A este respecto, resulta muy interesante el siguiente trabajo: A. YBARRA BORES, “Los tribunales españoles y el Derecho internacional privado: Una relación compleja”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2022), Vol. 14, N° 2, pp. 871-899.

¹⁷ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.216-227, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo I. El Derecho Internacional privado europeo como Constitución civil de la Unión Europea” J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado y sociedad global: Los principios del Derecho Romano en el Derecho Privado Europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp.33-80.

Direito de asilo versus rapto internacional de crianças

Right to asylum versus international child abduction

ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES

*Professora Associada da Escola de Direito
da Universidade do Minho – Portugal*

ORCID ID: 0000-0001-6140-1711

Recibido: 29.11.2022 / Aceptado: 18.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7585

Resumo: A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) A contra B, de 2 de agosto de 2021, põe em confronto o regime jurídico do direito de asilo e o rapto internacional de crianças e, nesta medida, justifica a nossa atenção e o comentário que agora apresentamos. A questão controvertida residia em determinar se a transferência de uma criança para outro Estado-Membro, devido a uma decisão administrativa tomada de acordo com o Regulamento n.º 604/2013, de 26 de junho de 2013, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida (Regulamento Dublin III) constituía uma deslocação ilícita de crianças, nos termos do Regulamento n.º 2201/2003, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental (Regulamento Bruxelas II bis) e da Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças (Convenção de Haia). Este caso põe em confronto o regime jurídico do rapto internacional de crianças e do direito de asilo. O que passaremos a analisar em seguida é em que termos é possível harmonizar a aplicação de ambos os regimes jurídicos, tendo em consideração o superior interesse da criança e, utilizando como exemplo ilustrativo, a referida decisão do TJUE.

Palavras-chave: Rapto internacional de crianças; deslocação ilícita de crianças, direito de asilo, Regulamento Bruxelas II bis; Regulamento Dublin III.

Abstract: The decision of European Union Court of Justice (ECJ) A against B, of August 2, 2021, confronts the legal framework of the right to asylum and of the international child abduction, and justifies the present commentary. The controversial issue resided in determining whether the transfer of a child to another Member State, due to an administrative decision taken in accordance with Regulation No. 604/2013, of 26 June 2013, establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (Dublin III Regulation) constituted an unlawful removal of children, pursuant to Regulation No. 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 (Brussels IIA Regulation) and the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (Hague Convention). This case puts the legal framework of the international child abduction in conflict with the regime of the right to asylum. What is going to be analysed is in what terms it is possible to harmonize the application of both legal frameworks, taking into account the best interests of the child and, using the aforementioned decision of the TJUE as an illustrative example.

Keywords: International child abduction; wrongful removal of children, Regulation Brussels IIA; Regulation Dublin III.

Sumario: International child abduction; wrongful removal of children, Regulation Brussels IIA; Regulation Dublin III.

I. O caso A contra B de 2 de agosto de 2021

1. A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), A contra B, de 2 de agosto de 2021¹, põe em confronto o regime jurídico do direito de asilo e do rapto internacional de crianças e, nesta medida, justifica a nossa atenção e o comentário que agora apresentamos. A matéria de facto envolvia um casal de nacionais de um Estado terceiro, que residiam na Finlândia desde 2016 e, em 2019, mudaram-se para a Suécia, onde nasceu um filho, sendo o direito de guarda relativamente ao mesmo exercido por ambos. A mãe beneficiou de um título de residência familiar na Finlândia (entre dezembro de 2017 e dezembro de 2021) e um título de residência familiar na Suécia (entre março de 2019 e setembro de 2020).

2. Devido a episódios de violência doméstica do pai sobre a mãe, as autoridades suecas colocaram a mãe e a criança numa casa de acolhimento, considerando que a exposição da criança a situações de violência doméstica constituía um perigo real para o seu desenvolvimento e a sua saúde, considerando ainda que existia o risco de a criança ser levada pelo pai para o país de origem do mesmo, sem o consentimento da mãe. Os contactos da criança com o pai consistiram, numa primeira fase, no acesso a fotografias e a gravações vídeo da criança e, numa segunda fase, a breves contactos monitorizados por um assistente social, por ser considerado inseguro para a criança estar com o pai.

3. Em dezembro de 2019, a mãe pediu um título de residência para o filho na Suécia e a 7 de agosto de 2020 apresentou um pedido de asilo, na Suécia, para si e para o filho, invocando os atos de violência doméstica de que foi vítima e o risco sério de sofrer de violência por parte da família do pai em nome da honra, na hipótese de regresso ao seu país de origem. A Finlândia considerou-se responsável pela análise dos pedidos de asilo da mãe e da criança, nos termos do art. 12º, n.º 3 do Regulamento n.º 604/2013, de 26 de junho de 2013, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida (Regulamento *Dublin III*), como Estado que emitiu o título de residência cuja validade cessou mais tarde. Nesta medida, as autoridades suecas ordenaram a transferência da criança e da sua mãe para a Finlândia, nos termos do art. 29º, n.º 1, do Regulamento *Dublin III*, tendo sido ponderado o superior interesse da criança, nos termos do 6º, n.º 1 do mesmo Regulamento. Apesar de se considerar que o pai constituía uma ameaça para o filho e que entre o pai e o filho não existiam contactos, como o pai tinha um título de residência na Finlândia, este poderia exercer o direito de visita.

4. Em 24 de novembro de 2020, a mãe cumpriu a decisão sueca de transferência para a Finlândia com a criança. Em 11 de janeiro de 2021, a mãe apresentou um pedido de asilo para si própria e para o filho na Finlândia. Em 26 de março de 2021, as autoridades finlandesas retiraram o título de residência da mãe na Finlândia, e cuja validade cessaria em 27 de dezembro de 2021, para o tratamento dos pedidos de asilo nesse país.

5. A guarda da criança era conjunta até 29 de abril de 2021, data em que o tribunal sueco decretou o divórcio dos pais, atribuiu a guarda exclusiva da criança à mãe e negou o pedido relativo ao direito de visita ao pai. Ou seja, quando a mãe se transferiu com a criança para a Finlândia a guarda era conjunta.

6. Em 21 de dezembro de 2020, o pai propôs uma ação na Finlândia, pedindo que fosse ordenado o regresso imediato do filho à Suécia, invocando que estamos perante uma situação de rapto

¹ TJUE 30 de abril de 2020, *A contra B*, Processo C-772/18, ECLI:EU:C:2020:341.

internacional de crianças e pedindo a aplicação do regime de regresso da criança ao país de residência habitual, previsto no Regulamento n.º 2201/2003, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental (Regulamento Bruxelas II *bis*). Note-se que a 26 de janeiro de 2021, as autoridades suecas comunicam ao tribunal finlandês que a criança e a mãe não dispunham de um título de residência válido na Suécia e que, portanto, não tinham o direito de entrar na Suécia nem de aí residir.

7. O caso chegou ao TJUE e a questão estava em decidir se a transferência de uma criança para outro Estado-Membro, devido a uma decisão administrativa tomada de acordo com o Regulamento *Dublin* III constituía uma deslocação ilícita de crianças, nos termos do Regulamento Bruxelas II *bis* e da Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças (Convenção de Haia). Ora, este caso põe em confronto o regime jurídico do rapto internacional de crianças e do direito de asilo. O que passaremos a analisar em seguida é em que termos é possível harmonizar a aplicação de ambos os regimes jurídicos, tendo em consideração o superior interesse da criança e, utilizando como exemplo ilustrativo, a referida decisão do TJUE.

II. Instrumentos aplicáveis

1. Rapto internacional de crianças

8. O rapto internacional de crianças tem a sua regulamentação jurídica em dois instrumentos que são aplicáveis quando estão envolvidos dois Estados-Membros e que os tribunais têm de articular nas suas decisões: a Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças e o Regulamento Bruxelas II *bis*. Este último foi revogado pelo *Regulamento (UE) 2019/1111 do Conselho, de 25 de junho de 2019, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças* (Bruxelas II *ter*)², que tem uma secção dedicada ao rapto internacional de crianças. Todavia, à data da decisão do TJUE ainda se aplicava o regime do Regulamento Bruxelas II *bis*, que, por essa razão, vai servir de base ao nosso comentário.

9. Os instrumentos jurídicos referidos têm um regime que se complementam. Entre Estados-Membros, o Regulamento deve ser aplicado em coordenação com a Convenção de Haia de 1980, tal como resulta do considerando 17 e no art. 11º do mesmo Regulamento. É certo que o art. 60º estabelece que o Regulamento Bruxelas II *bis* tem precedência sobre a Convenção de Haia nas relações entre os Estados-Membros, mas, na prática, isto significa que nas relações entre os Estados-Membros o regime jurídico da Convenção de Haia é completado pelo Regulamento Bruxelas II *bis*.

10. A noção de rapto internacional de crianças está presente nos dois instrumentos com um conteúdo coincidente (no art. 2º, n.º 11 do Regulamento e no art. 3º da Convenção de Haia de 1980). Nestes termos, estaremos perante uma situação de rapto internacional de crianças quando a deslocação ou retenção de crianças “[v]iole o direito de guarda conferido por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor por força da legislação do Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção; e [n]o momento da deslocação ou retenção, o direito de guarda estivesse a ser efetivamente exercido, quer conjunta³, quer separadamente, ou devesse estar a sê-lo, caso não tivesse ocorrido a deslocação ou retenção”. Assim sendo, a deslocação ilícita da criança resulta da existência de um direito de guarda, atribuído de acordo com o direito do país

² Com exceção dos artigos 92, 93 e 103º, que se aplicam desde 22 de julho de 2019.

³ Sobre o conceito de guarda conjunta estabelece-se que “[c]onsidera-se que a guarda é exercida conjuntamente quando um dos titulares da responsabilidade parental não pode, por força de uma decisão ou por atribuição de pleno direito, decidir sobre local de residência da criança sem o consentimento do outro titular da responsabilidade parental”, (art. 2º, n.º 11, al. b), *in fine*).

da residência habitual da criança, efetivamente a ser exercido, e que é violado em resultado dessa deslocação ou retenção. De facto, resulta do art. 2º, n.º 11, e foi confirmado pelo TJUE no caso *J.McB. c. L.E.*, que é o direito do Estado-Membro onde a criança tem a sua residência antes da deslocação ilícita que determina em que condições se verifica a aquisição do direito de guarda da criança por parte do pai ou pais⁴.

11. Para este efeito, ainda é importante determinar a noção de direito de guarda, recorrendo para o efeito ao art. 2º, n.º 9 do Regulamento que também coincide com o conceito que encontramos no art. 5º, al. a) da Convenção de Haia de 1980. O direito de guarda é definido como os direitos referentes à assistência e cuidados da pessoa da criança, sendo um deles o direito de determinar a residência habitual da criança.

12. A Convenção de Haia foi elaborada com o objetivo de proteger ou atenuar os efeitos da deslocação ou retenção ilícita através de fronteiras para as crianças, procurando garantir o regresso célere da criança ao país da sua residência habitual antes da deslocação [art. 1º, al. a)], através de um sistema de cooperação entre autoridades centrais. As soluções da Convenção de Haia foram pensadas para o regresso rápido da criança ao seu meio social e familiar de origem em caso de rapto internacional de crianças e impedir que a pessoa, geralmente o pai ou a mãe, que deslocou a criança para outro país, consiga obter uma decisão administrativa ou judicial neste último país que legitime a situação factual que foi criada⁵.

13. De acordo com o art. 8º da Convenção de Haia, qualquer pessoa, instituição ou organismo pode pedir assistência em caso de deslocação ou retenção ilícitas à Autoridade Central do Estado da residência habitual da criança ou de outro Estado Contratante com vista ao regresso da criança. Caso a Autoridade Central considere que há indícios da presença da criança em outro Estado Contratante, deve transmitir o pedido de assistência à autoridade central desse Estado, informando subseqüentemente o requerente ou, no caso de o pedido ter sido transmitido para uma autoridade central de um terceiro Estado, a autoridade central requerente (art. 9º). Estabelece o art. 11º da Convenção de Haia, reiterando o determinado pelo art. 2º, que as autoridades judiciais ou administrativas dos Estados devem adotar procedimentos de urgência para garantir o regresso da criança. O 2º § do art. 11º fixa ainda um prazo indicativo de seis semanas a contar da data da participação para que o país do rapto ordene o regresso da criança.

14. No regulamento Bruxelas II *bis* este prazo de 6 semanas é um prazo imperativo, porque se considera que o tempo de desenvolvimento das crianças é diferente do tempo dos adultos⁶. A decisão deve ser de regresso, mas a Convenção de Haia prevê exceções à decisão de regresso da criança, em nome do seu superior interesse e que podem justificar uma decisão de retenção da criança no país do rapto. Uma dessas exceções é uma das mais usadas encontra-se no art. 13º, al. b), da Convenção de Haia, onde se determina que pode fundamentar a decisão de retenção a prova, por parte de quem se opõe ao regresso da criança, que este regresso representa um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança ou coloca a criança numa situação intolerável. Para apurar os efeitos do regresso sobre a criança, o parágrafo final do art. 13º estabelece que as autoridades administrativas ou competentes devem ter em conta informações fornecidas pela autoridade central ou outra autoridade competente do Estado da residência habitual da criança⁷.

⁴ Que pode depender inclusivamente de uma decisão de um tribunal que atribua o direito de guarda: TJUE 5 de Outubro de 2010, *J.McB. c. L.E.*, Processo C-400/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:582, § 43.

⁵ E PÉREZ VERA, *Explanatory Report on the 1980 HCCH Child Abduction*, Offprint from the Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980), tome III, Bureau Permanent de la Conférence, La Haye, 1982, p. 17.

⁶ TJUE 11 de julho de 2008, *Inga Rinau*, Processo C-195/08 PPU, ECLI:EU:C:2008:406.

⁷ Para mais informações sobre este regime v. A.S. SOUSA GONÇALVES, “O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças” in *Temas de Direito Internacional e de Processo Civil Internacional*, Librum Editora, Porto, 2019, pp. 75-102, A.S. SOUSA GONÇALVES, “Aspetos civis do rapto internacional de crianças”, in *Temas de Direito Internacional e de Processo Civil Internacional*, Librum Editora, Porto, 2019, pp. 175-194.

2. Direito de asilo

15. A proteção internacional dos refugiados resulta da Convenção de Genebra de 28 de julho de 1951, relativa ao Estatuto do Refugiado e o seu Protocolo Adicional de 31 de janeiro de 1967, usualmente apelidado de Protocolo de Nova Iorque. A nível do direito da União Europeia releva, ainda, o Regulamento *Dublin III*, entre outras fontes⁸.

16. Quanto ao conceito de refugiado, está previsto na Convenção de Genebra, que no seu art.º 1º, A, n.º 2, visa proteger com tal estatuto, (i) todos os que forem alvo de perseguição, ou tenham um temor fundado em tal, por razão da sua raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas; (ii) que se encontrem fora do seu país de nacionalidade e (iii) que não possam gozar de uma proteção contra aquela perseguição no seu país de origem. A Convenção exige ainda para que possa ser concedido o estatuto de refugiado que a pessoa alvo de perseguição não esteja excluída desse estatuto por ter praticado certos atos como de terrorismo, crimes de guerra ou crimes sérios de outra índole. A Convenção de Genebra, não obstante, não prever expressamente o direito de asilo, tornou-se uma referência na delimitação da proteção do refugiado. Igualmente, esta Convenção tornou-se um marco ao consagrar no seu art.º 33º a proibição de expulsão ou rechaço, que estabelece que nenhum dos Estados Contratantes expulsará um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas, entre outras.

17. Por sua vez, o Regulamento *Dublin III*, no caso de um pedido de proteção internacional apresentado um nacional de um país terceiro ou por um apátrida determina qual o Estado-Membro responsável pela análise desse um pedido de proteção (arts. 7º a 15º) e estabelece um conjunto de garantias para os requerentes de asilo, desde o direito à informação (art. 4º), direito a entrevistas pessoais (art. 5º), proteção do superior interesse da criança (art. 6º); proteção dos filhos e membros da família dos requerentes (arts. 8º a 11º), entre outros⁹.

III. Direito de asilo versus rapto internacional de crianças

18. A proteção dos refugiados nem sempre é fácil de harmonizar com a proteção da criança no âmbito do rapto internacional de crianças, o que torna muito difícil resolver os casos concretos que se colocam. Assim é porque o objetivo da Convenção de Haia e do Regulamento Bruxelas II *bis* é o regresso célere da criança ao seu país de residência habitual. Por sua vez, a aplicação da Convenção de Genebra e do Regulamento *Dublin III* têm por objetivo a proteção do refugiado, evitando que este regresse ao seu país de residência habitual, através de um procedimento com um conjunto de garantias

⁸ É o caso da Diretiva 2011/95/UE, de 13 de dezembro de 2011, que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de proteção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária e ao conteúdo da proteção; da Diretiva 2013/32/UE, de 26 de junho de 2013, relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional; da Diretiva 2013/33/UE, de 26 de junho de 2013, que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional; do Regulamento (UE) n.º 603/2013, de 26 de junho de 2013, relativo à criação do sistema «Eurodac» de comparação de impressões digitais para efeitos da aplicação efetiva do Regulamento (UE) n.º 604/2013; do Regulamento (CE) n.º 1560/2003, de 2 de setembro de 2003, relativo às modalidades de aplicação do Regulamento (CE) n.º 343/2003; do Regulamento de Execução (UE) n.º 118/2014, de 30 de janeiro de 2014, que altera o Regulamento (CE) n.º 1560/2003 relativo às modalidades de aplicação do Regulamento (CE) n.º 343/2003.

⁹ Com maior pormenor, v. A. CAVIEDES, “European Integration and the Governance of Migration”, *Journal of Contemporary European Research*, vol.12, n.º 1, pp. 552-565 consultado em https://infoeuropa.eu/ocid.pt/opac/?func=service&doc_library=CIE01&doc_number=000070203&line_number=0001&func_code=WEB-BRIEF&service_type=MEDIA; H. LABAYLE, “Droit d’asile et confiance mutuelle: regard critique sur la jurisprudence européenne”, *Cahiers de Droit Européen*, n.º 3, 2014, pp. 501-534.; A LUBBE, “Systemic Flaws and Dublin Transfers: Incompatible Tests before the CJUE and the ECtHR?”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 27, n.º1, março de 2015, pp. 135-140.

que não permitem a mesma urgência no desenrolar do procedimento, como resulta das situações de rapto internacional de crianças.

19. A questão que se discutia no caso que agora comentamos visava determinar se a transferência de uma criança para outro Estado-Membro, devido a uma decisão administrativa tomada de acordo com o Regulamento *Dublin III* constituía uma deslocação ilícita de crianças, nos termos do Regulamento Bruxelas II *bis* e da Convenção de Haia. Ora, decidiu o TJUE que não pode ser considerada uma deslocação ilícita, nos termos do art. 2º, n.º 11, quando um dos pais, que tem o direito de guarda sobre o filho, sem acordo do outro, desloca a criança do seu Estado de residência habitual para outro Estado-Membro, em execução de uma decisão de transferência que visa esse pai e a criança, tomada nos termos do Regulamento *Dublin III*¹⁰. Foi considerado que no momento da transferência, a referida decisão tinha carácter executório. Mesmo tendo a Suécia anulado posteriormente a decisão de transferência, ainda que não tenha autorizado as pessoas transferidas a voltar a residir na Suécia, o TJUE manteve a sua decisão, acrescentando que a posição de que a mãe se deveria abster “de dar cumprimento a uma ação de transferência pelo simples facto de o seu comportamento poder ser considerado ilícito por força do Regulamento Bruxelas IIA violaria o princípio da segurança jurídica e a realização dos objetivos do Regulamento *Dublin III*”¹¹.

20. O conceito discutido no caso foi o conceito de deslocação ilícita de crianças, que como referimos *supra* envolve três elementos: que exista uma deslocação da criança; violando um direito de guarda atribuído de acordo com o direito do país da residência habitual da criança; que esteja a ser efetivamente exercido aquando da deslocação. Ora, como podemos apurar a partir dos dados do caso, se inicialmente a guarda era conjunta, aquando da deslocação, as autoridades suecas tinham tomado conta da criança e colocado a mãe e a criança numa casa de acolhimento, por situações de violência doméstica do pai, sendo que este não era considerado uma pessoa segura para o filho¹². Adicionalmente, a mãe, ao transferir-se voluntariamente da Suécia para a Finlândia, simplesmente cumpriu uma decisão das autoridades suecas no âmbito do Regulamento *Dublin III*, que era executória, e que teve em consideração o superior interesse da criança, na medida em que se ponderou o facto de que esta transferência não impedia o exercício do direito de visita pelo pai¹³.

21. Esta decisão do TJUE era a única que salvaguardaria a aplicação do Regulamento *Dublin III*. Considerar a situação descrita uma deslocação ilícita de crianças impediria que a mãe cumprisse a ordem de transferência e, conseqüentemente, o exercício dos direitos que resultam do Regulamento *Dublin III*, assim como os seus objetivos.

IV. Notas conclusivas

22. A decisão do TJUE, *A contra B*, de 2 de agosto de 2021, resolve uma situação em que era relativamente fácil compatibilizar o regime do rapto internacional de crianças e do direito de asilo. Todavia, há casos bem mais complexos, em que a urgência do regresso célere da criança ao seu país de residência habitual, de acordo com o regime do Regulamento Bruxelas II *bis* e da Convenção de Haia, não é compatível com as garantias que resultam do regime jurídico de proteção internacional e do direito de asilo.

23. Assim resulta, por exemplo, do caso *G contra G*¹⁴, decidido no Reino Unido, em que se colocava em causa a resolução das seguintes questões: se beneficiando a criança do pedido de asilo que foi

¹⁰ TJUE, *A contra B*, Cit., § 53.

¹¹ *Idem, ibidem*, § 52.

¹² *Idem, ibidem*, § 15-16.

¹³ *Idem, ibidem*, § 20.

¹⁴ UKSC 9 de 19 Março 2021, *G (Appellant) v G (Respondent)*, on appeal from: [2020] EWCA Civ 1185.

feito pela mãe, o princípio da não expulsão se opunha à execução de uma decisão de regresso da criança à luz da Convenção de Haia, enquanto vigorasse a proteção internacional¹⁵; como articular a confidencialidade do procedimento de asilo com o regime do rapto internacional de crianças; o confronto entre a celeridade do procedimento de regresso no caso do rapto internacional de crianças e o tempo necessário para apreciar o pedido de asilo¹⁶. Todavia, estes problemas de elevada complexidade, colocados pelo referido caso, serão pretexto para um outro comentário.

¹⁵ O art. 23º, n.º 2 da Diretiva 2011/95/UE, de 13 de Dezembro de 2011, que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de proteção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária e ao conteúdo da proteção concedida, em nome da preservação da unidade familiar (Directiva Qualificação), estabelece que aos membros da família do beneficiário de proteção internacional que não possam por si mesmos beneficiar desta proteção os Estados-Membros devem assegurar que estes possam gozar de certos benefícios, como ter autorização de residência. Assim, deve ser, porque é reconhecido no considerando 36 que “os familiares, meramente em virtude da sua relação de parentesco com o refugiado, são por regra vulneráveis a atos de perseguição que podem justificar o estatuto de refugiado”.

¹⁶ Sobre esta decisão, v. Sabine 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”, *Revue Critique de Droit International Privé*, Issue 4 de 2021, pp. 773-786.

La presunción del daño causado por un ilícito antitrust según el Tribunal Federal Alemán (Bundesgerichtshof)

The presumption of the harm caused by anticompetitive conducts, jurisprudence of the German Federal Court (Bundesgerichtshof)

DRA. JULIA SUDEROW*

Universidad de Deusto

DR. CARSTEN KRÜGER**

Rechtsanwalt

Recibido: 31.01.2023 / Aceptado: 16.02.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7586

Resumen: De acuerdo con el Tribunal Supremo Alemán o BGH se puede presumir que el intercambio anticompetitivo de información genera un incremento de precios y por tanto un efecto perjudicial. En este artículo presentamos la evolución de la jurisprudencia a través de las sentencias relativas al cártel de la cerveza, al cártel de camiones y al de productos cosméticos. Se analizan tanto las conclusiones relativas al Derecho Administrativo alemán como las relativas al Derecho Civil de daños.

Palabras clave: Presunción del daño, Bundesgerichtshof, Tribunal Federal de Alemania, intercambio de información, camiones, cártel de la cerveza, Schlecker, Bundeskartellamt, Competencia, follow on.

Abstract: According to the German Supreme Court or BGH, it can be presumed that the anti-competitive exchange of information leads to a price increase and thus to a harmful effect. In this article we present the development of jurisprudence of the German Supreme Court through the rulings on the beer cartel, the truck cartel and the cosmetics cartel. The findings concerning German administrative law are analysed as well as those concerning civil tort law.

Keywords: Presumption of the harm, Bundesgerichtshof, German Federal Court, exchange of information, trucks, beer, Schlecker, Bundeskartellamt, Competition law, follow on.

Sumario: I.Introducción. II. El cártel de la cerveza. III. El cártel de los camiones IV. El cártel de los camiones II. V. Caso Schleker. VI.Conclusión.

* Julia Suderow, es profesora en la Universidad de Deusto, abogada y asesora a diversos grupos de perjudicados en diversos Estados miembros.

** Carsten Krüger es Rechtsanwalt y counsel en la empresa Cartel Damage Claims que actúa como demandante en diversos procedimientos en diversos Estados miembros.

Todas las opiniones son personales.

I. Introducción

1. La aplicación privada del Derecho de la Competencia en Alemania cuenta con una larga trayectoria. En origen, el Derecho de la Competencia se ha invocado como una defensa frente a prácticas abusivas y discriminatorias. Esta tendencia cambia drásticamente tras la sentencia Courage¹ y la posterior reforma de la Ley de Defensa de la Competencia o Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (“Ley contra las Restricciones de la Competencia” (en lo sucesivo, “LC”) en el año 2005. Desde entonces las sentencias relativas a las reclamaciones de daños y perjuicios por ilícitos antitrust han ido aumentando a gran velocidad. En estos momentos la mayoría de los tribunales regionales alemanes están tratando reclamaciones contra el conocido como cártel de los camiones. Además, ante determinados tribunales como Dortmund, Düsseldorf, Hannover, München o Stuttgart se han planteado reclamaciones contra el cartel de los fletes aéreos, el azúcar, productos cosméticos o raíles de ferrocarril. El Tribunal Federal Alemán se ha pronunciado también sobre distintas cuestiones derivadas de las reclamaciones contra el cártel del cemento, papel y loterías. Todo ello ha permitido la consolidación de su jurisprudencia que resuelve las principales cuestiones legales que se plantean en este tipo de litigios².

2. Así, la presunción fáctica de los efectos perjudiciales de las conductas anticompetitivas y en especial del intercambio de información ha sido reconocida reiteradamente por la jurisprudencia de la Sala de Competencia (Kartellsenat), en sentencias sobre las decisiones sancionadoras del Bundeskartellamt como sobre diversas acciones *follow on* derivadas de ilícitos antitrust. Según el Tribunal Supremo Alemán (*Bundesgerichtshof* - “BGH”), no cabe distinción entre el cártel de núcleo duro o *hard core cartel* (como es un acuerdo de reparto de mercados o de fijación de precios) y el cártel basado en el intercambio de información comercial confidencial o secreta entre competidores ya que ambos generan precios excesivos o efectos perjudiciales sobre los precios. En este sentido, el Tribunal Federal Alemán ha rechazado reiteradamente la opinión contraria de la primera y segunda instancia en diversas acciones *follow on*. A lo largo de este estudio, analizaremos sus principales conclusiones en los cuatro casos planteados en los años 2020, 2021 y 2022, Cerveza³, Camiones I⁴, Camiones II⁵ y Productos Cosméticos (Schlecker)⁶. En todos estos casos, el intercambio de información comercial ha supuesto la base de la conducta anticompetitiva. En su última sentencia, Schlecker, el Tribunal Federal Alemán ha confirmado la presunción fáctica sobre el efecto perjudicial del intercambio de información sobre los precios.

II. El cártel de la cerveza

3. En un procedimiento contencioso administrativo relativo a la sanción impuesta por la Autoridad Alemana de Defensa de la Competencia, el *Bundeskartellamt* al conocido como cártel de la cerveza, el Tribunal Federal Alemán evaluó si un intercambio de información sobre parámetros relevantes para la competencia con el objetivo de eliminar incertidumbres sobre el futuro comportamiento del competidor en el mercado suponía una “práctica concertada” en términos del artículo 101 TFUE/art 81(1) CE y del artículo 1 de la LC.

4. La conducta sancionada se basaba en los siguientes hechos e intercambios de información y opinión entre diversos fabricantes de cerveza:

¹ STJUE, 20 de septiembre de 2001, Courage, C-453/99.

² Véase al respecto: J. FRANCK, “Private enforcement of eu competition in law in Germany” en F. WOLLENSCHLÄGER, W. WURMNEST, T. MÖLLERS (eds.), *Private Enforcement of European Competition and State Aid Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan Rijn, 2020.

³ BGH, 13 de julio de 2020, Cerveza, KRB 99/1.9.

⁴ BGH, 23 de septiembre de 2020 – LKW I, KZR 35/19.

⁵ BGH, 13 de abril de 2021, LKW II, KZR 19/20.

⁶ BGH, 29 de noviembre de 2022, KZR 42/20.

Los participantes en las reuniones y discusiones compartieron su opinión sobre la necesidad económica de un aumento generalizado del precio de la cerveza. Para ello, intercambiaron detalles concretos, públicamente desconocidos, sobre la posición estratégica y la planificación industrial de las empresas cerveceras participantes en las reuniones. De esta forma se revelaron mutuamente “información sensible sobre sus intenciones empresariales”. Gracias a lo anterior, podían obtener “una imagen mucho más fiable” de la situación del mercado.

5. El BGH hace hincapié en un ejemplo concreto para confirmar sus conclusiones:

En una reunión, el directivo denominado *Business Unit President* de la empresa AB InBev anunció al resto de directivos asistentes a la reunión que AB InBev había decidido aumentar el precio de la marca *B* en 50 céntimos por caja de 20 botellas x 0,5 l y que aplicarían esta subida en poco tiempo. A continuación, los participantes discutieron un comportamiento común del mercado y debatieron si un aumento de precios de este tipo “en pequeños pasos” sería suficiente o si sería preferible una “gran solución”, que llevaría a un aumento del PVP en 1 euro por caja. Tras diversas discusiones, la mayoría concluyó que última opción era la más razonable.

Sobre esta base, el BGH considera que el intercambio de información eliminaba la competencia y anuló la sentencia del tribunal de segunda instancia, señalando que no había valorado la presunción fáctica de que una coordinación mediante el intercambio de información influye en el comportamiento en el mercado de las empresas implicadas.

En efecto, el BGH sostuvo, que la valoración de la prueba era incompleta puesto que no se refería al principio empírico o *Erfahrungssatz* sobre el efecto que el intercambio de información relevante con fines de coordinación genera sobre el comportamiento en el mercado de las empresas competidoras⁷.

6. A la hora de valorar los requisitos que deben cumplirse para probar la causalidad de un comportamiento concreto en el mercado, debe observarse como punto de partida la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la presunción de la causalidad.

7. Según el TJUE, existe una presunción *iuris tantum* de que las empresas que participan en la coordinación y siguen operando en el mercado tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores a la hora de determinar su comportamiento en el mercado⁸. Es más, basta con que las empresas o *undertakings* hayan coordinado sus actividades a través de un contacto único⁹. Una vez probada la participación en una práctica concertada entre competidores, corresponde a las empresas interesadas demostrar que dicha práctica concertada no afectó a su comportamiento en el mercado¹⁰. El BGH nos recuerda que la presunción de causalidad no actúa como una mera norma procesal, cuya aplicación correspondería a los órganos jurisdiccionales nacionales en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, sino que es una parte integrante del Derecho de la Unión, respectivamente, situados en el artículo 81 CE, apartado 1, y en el artículo 101 TFUE, apartado 1¹¹.

41. Por lo que se refiere al Derecho civil nacional de defensa de la competencia, la Sala de Competencia (Kartellsenat), consciente de esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha resuelto que al aplicar la prohibición de los cárteles por el Derecho comunitario o de la Unión, y de conformidad con el artículo 1 LC, debe presumirse de hecho la existencia de un conducto de mercado de las empresas afectadas influidas por la coordinación¹².

⁷ BGH, 13.07.2020, Cerveza KRB 99/1.9, párrs. 38-43.

⁸ STJUE 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. 1999 I-4125, párrs. 121, 126; Húls/Comisión, C-199/92 P, [1999] REC I-4287, párr. 162.

⁹ STJUE 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands/Nma C-8/08, Rec. p. |-4529, párrs. 51 y ss.

¹⁰ STJUE 22 de junio de 1999, Húls/Comisión, Rec. p. 1-4287, párr. 167; T-Mobile Netherlands/NMa, Rec. p. 4529, párrs. 51 y ss. 167, Húls/Comisión; Rec. 2009, p. 4529, párr. 61; STJUE 5 de diciembre de 2013, Solvay/Comisión C-455/11 P, párr. 43.

¹¹ STJUE, 21 de enero de 2016, Eturas, C-74/14, párr. 33, y STJUE, 4 de junio 1999, T-Mobile Netherlands/NMa.2 REC I-4529, párr. 52.

¹² BGH 12 de julio de 2016, Lotería II, KZR 25/14, BGHZ 211, 146 párrs. 23 y ss; BGH 12 de abril de 2016, Lotería I, KZR 31/14, apdo. 44, BkartA, 14 de agosto de 2008, KVR 54/07, párr. 43.

42. (b) *Esta jurisprudencia sobre la relación (co)causal entre la coordinación mediante el intercambio de información y el comportamiento en el mercado tiene su fundamento fáctico en un principio empírico válido. Pues forma parte del conocimiento empírico económico que una empresa suele tener en cuenta el conocimiento de la conducta en el mercado prevista de un competidor a la hora de determinar su propia conducta en el mercado¹³. Esto coincide con la doctrina económica¹⁴. Si las empresas intercambian información relevante para la competencia con fines de coordinación, la experiencia demuestra que existe una alta probabilidad de que su comportamiento futuro en el mercado no permanezca inalterado. Esto se aplica en cualquier caso si- como en este caso - los competidores, después de haber discutido una línea de acción coordinada, adoptan un comportamiento similar en un futuro próximo.*

8. Continúa el BGH confirmando que la presunción y su efecto indiciario son compatibles con la presunción de inocencia. Los principios empíricos son conclusiones generales de base empírica. Pueden surgir de la experiencia de la vida cotidiana o basarse en conocimientos especializados, por ejemplo, mediante la observación y generalización de casos individuales o como resultado de investigaciones científicas.¹⁵ Para ello, el BGH distingue entre los principios generalmente válidos (establecidos) y principios empíricos simples:

59 (aa) *Los principios de experiencia generalmente válidos tienen como objeto, en concreto sobre la base de conocimientos científicos, las relaciones causa-efecto establecidas. Describen conclusiones obligatorias que el tribunal de primera instancia debe aceptar y que, por lo tanto, no le dejan margen para condenas divergentes¹⁶.*

60. (bb) *Los principios simples de la experiencia contienen enunciados de probabilidad que son significativos para la valoración de las pruebas y, por tanto, permiten excepciones. Tienen el valor probatorio -más o menos fuerte- de las pruebas circunstanciales. El alcance del efecto circunstancial depende del grado de probabilidad expresado por la regla de experiencia. Si el juez de primera instancia aplica tal principio de experiencia, está obligado a examinar sobre la base de otras pruebas circunstanciales si puede considerarse confirmado o invalidado en el caso concreto¹⁷.*

61. *Así pues, tanto en el Derecho Administrativo como en el Derecho penal, una simple regla de experiencia forma parte de las pruebas circunstanciales. El juez de instancia debe incluirla en la valoración global de la prueba indiciaria con el peso que se le atribuye en el caso concreto. En este contexto, su valor probatorio se determina en relación con los demás hechos accesorios concurrentes u opuestos. La medida en que, tras una valoración de las pruebas pertinentes, la prueba empírica puede contribuir a la formación de la sentencia por el juez de primera instancia no está sujeta a revisión por el tribunal de apelación.*

62. *En el Derecho civil, en principio, no se aplica otra cosa. Aquí, los principios de experiencia simples pueden ser la base de una presunción fáctica y, solo excepcionalmente en el caso de la tipicidad del curso de los acontecimientos, de una prueba prima facie¹⁸; esto se aplica en particular con respecto a la causalidad. Esta prueba circunstancial se diferencia de la prueba prima facie en que no presupone un factor de conexión claramente definido, sino que se basa en un conjunto abierto de hechos accesorios, en el que se inserta el principio de experiencia con su valor probatorio relativo en cada caso concreto.*

9. En este sentido, el BGH se remite a la jurisprudencia del TJUE sobre la causalidad entre el intercambio de información y la conducta en el mercado¹⁹ afirmando que siempre habría que presumir una conducta de mercado (parcialmente) causada por el intercambio de información si tras una investigación

¹³ BGH, 12 de abril de 2016 - KZR 31/14, párr. 51; K. KRAUSS en KAMANN/OHLHOFF/VÖLCKER, „Kartellverfahren und Kartellprozess“, 8 18 párr. 78.

¹⁴ D. HENGST en E. LANGEN, H. BUNTE, Kartellrecht, 13ª ed, 2020, Vol. 2, Art. 101 TFUE párr. 130, Frankfurt a. Main.

¹⁵ BGH, 11 de diciembre de 2018, Rails Cartel I - KZR 26/17, párr. 49.

¹⁶ BGH, 7 de junio de 1982 - 4 StR 60/82, BGHSt 31, 86, 89.

¹⁷ BGH, 9 de abril de 2015 - 4 StR 401/14, BGHSt 60, 227 párr. 10.

¹⁸ BGH, 11 de diciembre de 2018, Rails Cartel, I - KZR 26/17, párrs. 50, 55.

¹⁹ STJUE, 8 de julio de 1999, Húls/Comisión, C- 199/92 P, Rec. 1999, p. 4287, párr.168.

oficial no pudiera probarse lo contrario, es decir, si no pudiera establecerse el hecho negativo con el pleno convencimiento del juez de los hechos de que la conducta de mercado permaneció sin influencia.

Todo lo anterior le permite concluir que, si el juez de instancia no es capaz de convencerse de la conexión causal entre el intercambio de información y el comportamiento del mercado, la valoración de la prueba resultará en principio incompleta y, por tanto, jurídicamente errónea debido al efecto circunstancial -potencialmente fuerte- del (simple) principio de experiencia que habla a favor de la causalidad, si no se discute en la motivación de la sentencia.

II. Cártel de camiones I

10. El 23 de septiembre de 2020, el BGH se ha pronunciado por primera vez sobre el intercambio de información en el conocido cártel de camiones²⁰. Según el BGH, la infracción del artículo 101, apartado 1 TFUE consistió, en consonancia con la Decisión Sancionadora de la Comisión Europea y la gran mayoría de sentencias de España y otras jurisdicciones en:

“acuerdos colusorios sobre fijación de precios e incrementos de los precios brutos” para camiones medianos y pesados y en la coordinación de su comportamiento en el mercado en relación con el calendario y la repercusión de los costes de la introducción de tecnologías de emisión para dichos camiones con arreglo a las normas de emisión EURO 3 a EURO 6. El comportamiento colusorio incluía “acuerdos” y/o “prácticas concertadas” sobre la fijación de precios y el aumento de los precios de catálogo con el objetivo de alinear los precios brutos en el EEE, así como sobre el calendario y la repercusión de los costes de la introducción de las tecnologías de emisiones EURO 3 a EURO 6. Todos los participantes en el cartel intercambiaron listas de precios e información sobre precios brutos. Cada uno de los participantes, a excepción de DAF, tenía acceso al menos a un configurador informático de camiones de uno de los otros participantes.”

11. En principio, el BGH confirmó la presunción del perjuicio. Sin embargo, aunque se refirió a sus conclusiones sobre el cártel de la cerveza, el BGH no se pronunció expresamente sobre la presunción fáctica incluso en el caso de un mero intercambio de información sobre precios de catálogo actuales y futuros. Esto no era necesario, ya que de las conclusiones de la Comisión no puede deducirse que en el presente asunto sólo se produjera un intercambio de información de este tipo. En consecuencia, el BGH devolvió el asunto al Tribunal Superior Regional de Stuttgart para una nueva evaluación de los daños.

12. En cuanto a la presunción fáctica de perjuicio, el BGH sostuvo que el demandante podía basarse en una presunción fáctica que establece que, como consecuencia del cártel acordado, el nivel de precios de los camiones afectados era, por término medio, superior al que se habría formado sin el acuerdo restrictivo de la competencia. El Alto Tribunal se remite a anteriores sentencias para reiterar la presunción fáctica -en el sentido de un principio fáctico- a favor del cliente de una empresa que participa en un acuerdo de cártel de que los precios alcanzados en el marco del cártel son por término medio superiores a los que se habrían alcanzado sin el acuerdo restrictivo de la competencia²¹. La base de este principio es la experiencia económica de que la creación e implantación de un cártel conduce regularmente a ingresos adicionales para las empresas participantes. Los acuerdos de cártel liberan a las empresas participantes, al menos hasta cierto punto, de la necesidad de competir contra empresas rivales para obtener contratos, y las empresas que no tienen que hacer frente a la competencia, en particular a la competencia de precios, sobre la base de tales acuerdos, por lo general no verán ninguna razón para utilizar el margen existente para reducir sus precios²².

²⁰ BGH, 23 de septiembre de 2020, Trucks Cartel I, KZR 35/19, párr. 84.

²¹ BGH, 8 de enero de 1992, Ready-mix Concrete I, 2 StR 102/91, BGHSt 38, 186, 194; 28 de junio de 2005, KRB 2/05; 26 de febrero de 2013, Grey Cement Cartel, KRB 20/12, BGHSt 58, 158 párr. 76; 12 de junio de 2018, Cártel del Cemento Gris II, KZR 56/16, párr. 35.

²² J. COPPIK, U. HEIMESHOF, “Praxis der Kartellschadensermittlung: Empirische Evidenz zur Effektivität von Kartellen”, en *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2020 p. 584.

Según el BGH, *incluso en el caso de un mero intercambio de información sobre los precios de catálogo actuales y futuros, existe una presunción fáctica no sólo de que las empresas participantes en la coordinación tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores a la hora de determinar su comportamiento en el mercado sino también que existe una alta probabilidad de que se produzca un efecto sobre los precios*²³.

III. Cártel de camiones II

13. El BGH ha confirmado sus conclusiones de la sentencia del año 2020 en diversas sentencias relativas al cártel de camiones, siendo la más importante la conocida como LKW Kartell II²⁴. Así, el Alto Tribunal revalida la aplicación correcta del Tribunal de Segunda Instancia, que había asumido una presunción fáctica a favor del cliente de una empresa participante en un acuerdo de cártel basada en la elevada probabilidad de que se produzca -en el sentido de un principio de experiencia- que los precios alcanzados en el marco del cártel sean por término medio superiores a los que se habrían alcanzado de no existir el acuerdo restrictivo.

14. Este principio se basa en la experiencia económica de que la creación e implantación de un cártel suele dar lugar a mayores beneficios para las empresas participantes. Gracias al cártel, las empresas neutralizan, al menos hasta cierto punto, la necesidad de competir con empresas rivales para obtener pedidos. Las empresas que no tienen que hacer frente a la competencia, en especial a la competencia de precios, como resultado de tales acuerdos, no verán normalmente ninguna razón para utilizar el margen existente para reducir sus precios. Es más, el BGH detalla que la acusación -aceptada por los cartelistas- era más bien “colusión” conforme a la versión inglesa de la Decisión. La calificación por parte de la demandada de la conducta constatada como un mero intercambio de información sin sincronización o coordinación alguna tampoco es compatible con la apreciación jurídica de la Comisión según la cual la conducta debe subsumirse en el concepto de acuerdos o en el de prácticas concertadas. La coordinación deliberada también se desprende de otras constataciones fácticas de la Comisión, según las cuales la comunicación siempre se centró en los precios brutos de catálogo y a lo largo del año se mantuvieron regularmente conversaciones detalladas por correo electrónico y por teléfono. De ello se deduce que las partes implicadas no sólo se informaron mutuamente con antelación o con posterioridad sobre sus descuentos individuales ya fijados, sino que habían acordado y sincronizado sistemáticamente entre sí con antelación sus futuras modificaciones previstas de los precios brutos de catálogo.

El BGH aprovecha para recordar que sus conclusiones coinciden con *la valoración jurídica de la conducta de la Demandada y sus Intervinientes, establecida con carácter vinculante en la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016, adoptada por el Senado en otro litigio, de la que no hay razón para apartarse. Según esto, los acuerdos alcanzados entre la Demandada y los Intervinientes difieren fundamentalmente de un mero intercambio de información y representan más bien una coordinación de los precios de lista futuros y su incremento mediante acuerdos y prácticas concertadas*²⁵.

IV. Caso Schlecker

15. La reciente sentencia de 29 de noviembre de 2022, conocida como Schlecker, se refiere a una acción por daños y perjuicios planteada por el administrador concursal de la cadena de droguerías Schlecker contra los miembros del cártel alemán de productos de droguería²⁶. En este cártel participaron un total de 15 fabricantes de productos de droguería de marca, entre ellos Colgate-Palmolive, Beiersdorf, Johnson

²³ BGH, 23 de septiembre de 2020, Trucks Cartel I, KZR 35/19, BGHZ 227, 84, párr. 44.

²⁴ BGH, 13 de abril de 2021, Trucks Cartel II, KZR 19/20.

²⁵ BGH, 13 de abril de 2021, Trucks Cartel II, KZR 19/20, párr. 29.

²⁶ BGH, 29 de noviembre de 2022, Schlecker KZR 42/20.

& Johnson, L'Oréal, Procter & Gamble, Sara Lee, Gillette y Reckitt Benckiser. Entre los años 2004 y 2006, estas empresas intercambiaron regularmente información sobre los aumentos de precios brutos y el estado de las negociaciones con clientes minoristas comunes en el marco del "Grupo de trabajo sobre productos de higiene corporal, detergentes y productos de limpieza" de la Asociación Alemana de Marcas (Markenverband). En el año 2013, el Bundeskartellamt impuso a los fabricantes, y a la Asociación de Marcas, multas por un total de 63 millones de euros por su intercambio de información con efectos anticompetitivos²⁷.

16. Años después, el administrador concursal de Schlecker inició una acción *follow on* en la que afirmaba, dependiendo del grupo de productos afectado, que los precios netos pagados por Schlecker aumentaron entre un 4,13% y un 18,38% como consecuencia del cártel. Según el demandante estos sobrepagos generaron un perjuicio total de 212,2 millones de euros más intereses. Una vez más, la presunción fáctica sobre el efecto del intercambio de información fue tratada en la casación. Como en anteriores ocasiones, los tribunales de primera y segunda instancia de Frankfurt negaron tal presunción fáctica, argumentando que no había suficiente probabilidad de daño en el caso en cuestión. Las sentencias revocadas consideraban que la información intercambiada era muy agregada y se refería a una amplia gama de productos por lo que no podía generar un efecto en el mercado. Según el Tribunal de Apelación de Frankfurt, la ambigüedad de la información intercambiada no permitía afirmar que la práctica tuviera un efecto negativo sobre la competencia de precios.

17. El BGH ha rechazado estos argumentos, sosteniendo que *un intercambio entre competidores de información secreta sobre el comportamiento actual o previsto en materia de fijación de precios [...] da lugar al principio empírico [...] de que los precios subsiguientes son por término medio superiores a los que se habrían formado de no existir la restricción de la competencia.*

El BGH basó sus conclusiones, en particular, en las conclusiones del Bundeskartellamt que, con arreglo al Derecho alemán y de la Unión Europea, son vinculantes en los procedimientos civiles. Según la decisión sancionadora del Bundeskartellamt, el intercambio de información se refería a los aumentos de precios brutos previstos entre los clientes y la aplicación de los aumentos de precios brutos anunciados. En consonancia con la jurisprudencia del TJUE en los asuntos Anic Partecipazioni y T-Mobile Netherlands, el BGH concluyó que, dado que se presume que las empresas que participan en una coordinación anticompetitiva tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores a la hora de determinar su conducta en el mercado, también es muy probable que se produzca una influencia en los mecanismos del mercado en el caso de un mero intercambio de información.

18. En el caso de revelación de información secreta, también es muy probable que el comportamiento en el mercado de los participantes en el cártel, no se corresponda con el comportamiento hipotético en el mercado que se habría producido en ausencia de la restricción de la competencia. Si dicha información secreta se refiere al comportamiento actual o previsto de fijación de precios, también existirá una alta probabilidad de que los competidores implicados alcancen un nivel de precios común más elevado como resultado de este comportamiento.

El principio de experiencia también se aplica al cártel de droguerías en la medida en que el intercambio de información se refería a los aumentos de precios de catálogo y a las negociaciones sobre descuentos y condiciones especiales exigidas por Schlecker a los cartelistas. Aunque el Tribunal de Apelación había asumido el principio de experiencia, le atribuyó erróneamente un peso jurídico demasiado bajo. De esta forma, el BGH confirma nuevamente el alcance de la presunción sobre el efecto anticompetitivo del intercambio de información y desarrolla el tenor de la jurisprudencia Camiones II:

Ein kartellrechtswidriger Austausch zwischen Wettbewerbern über geheime Informationen, die das aktuelle oder geplante Preissetzungsverhalten gegenüber einem gemeinsamen Abnehmer zum Gegenstand haben, begründet zugunsten dieses Abnehmers den Erfahrungssatz, dass die danach erzielten Preise im Schnitt über denjenigen liegen, die sich ohne die Wettbewerbsbeschränkung gebildet hätten.

²⁷ Bundeskartellamt, 18 de marzo de 2013, B11-17-06. Nota de prensa disponible en Bundeskartellamt - Homepage - Multi-million fines imposed on manufacturers of drugstore products on account of anti-competitive information exchange.

Un intercambio prohibido por el derecho de la competencia que tiene lugar entre competidores, en el que se trate informaciones secretas, que tengan por objeto la fijación de precios actual o futura, constituye a favor del comprador, el principio empírico según el que los precios obtenidos serán de media superiores a los que se hubiesen formado sin la restricción anticompetitiva²⁸.

VI. Conclusión

19. Observamos una línea coherente en la jurisprudencia del BGH que confirma la presunción fáctica sobre los efectos anticompetitivos y perjudiciales de un intercambio de información entre competidores. El Tribunal Supremo de Alemania busca orientar sobre cuestiones fundamentales de fondo, teniendo en cuenta la jurisprudencia y la legislación a nivel nacional y de la Unión Europea, garantizando que la jurisprudencia alemana esté en consonancia con el Derecho de la Unión Europea. Sus conclusiones son perfectamente trasladables a otras jurisdicciones en la medida en que interpretan el derecho alemán a la luz del Derecho de la Unión Europea. Para ello, apuntalan sus conclusiones con (i) una detallada interpretación de las decisiones sancionadoras tanto de la Comisión Europea como del Bundeskartellamt que incluye los actos propios de las empresas que hayan participado en el cártel correspondiente y con (ii) el análisis de la doctrina económica y jurídica. En cada caso, el BGH analiza la aplicación del principio de la experiencia o *Erfahrungssatz* junto con el resto de las circunstancias de cada cártel. Es más, dedica dos sentencias al intercambio de información del cártel de camiones y aprovecha para reiterar sus conclusiones en la sentencia Schlecker. De esta forma elimina las dudas existentes en el ámbito civil sobre el efecto perjudicial del intercambio anticompetitivo de información.

²⁸ BGH, 29 de noviembre de 2022, Schlecker KZR 42/20, tenor.

CONGRESOS

The interplay of EU Regulation 2019/1111 with the 1980 Hague Convention in matters of child abduction*

La coordinación entre el reglamento (UE) 2019/1111 y el Convenio de la Haya de 1980 sobre la sustracción internacional de menores

GIACOMO BIAGIONI

*Associate Professor of European Union Law
University of Cagliari*

Recibido:16.01.2023 / Aceptado:25.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7587

Abstract: Even if Regulation 2019/1111 have a quite limited impact on the EU system of jurisdictional competence and of recognition and enforcement of judgments in matters of parental responsibility, it introduced several novelties with regard to the section devoted to child abduction matters. The adoption of those new provisions suggests to investigate whether this also led to a change in the approach of the Regulation as towards the 1980 Hague Convention. The paper attempts to make it clear that the reference to complementarity can better explain the interplay between the two instruments and that, even more than in the past, the Regulation is not aimed at setting aside the operation of the Convention, but rather at providing special rules for its implementation within the European judicial area.

Keywords: Child abduction -Regulation (EU) 2019/1111-, 1980 Hague Convention – protection of fundamental rights – parental responsibility.

Resumen: Incluso si el Reglamento 2019/1111 ha tenido un impacto limitado en el sistema de la UE de competencia jurisdiccional y de reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de responsabilidad parental, introdujo varias novedades en materia de sustracción de menores. La adopción de esas nuevas disposiciones sugiere investigar si esto también condujo a un cambio en la actitud del Reglamento con respecto a la coordinación con el Convenio de la Haya de 1980. El artículo intenta explicar que la referencia a la complementariedad puede explicar mejor la interacción entre los dos instrumentos y que, incluso más que en el pasado, el Reglamento no pretende impedir el funcionamiento del Convenio, sino más bien establecer normas especiales para su aplicación en el espacio judicial europeo.

Keywords: sustracción internacional de menores - Reglamento (UE) 2019/1111 - Convenio de la Haya de 1980 - protección de los derechos fundamentales – responsabilidad parental.

Sumario: I. Introduction. II. The general position of the Regulation in matters of child abduction. III. The approach of Regulation 2019/1111 towards the 1980 Hague Convention: an express commitment to complementarity. III.1. Complementarity in practice: a) use of common notions. III.2 Complementarity in practice: b) introducing procedural principles relevant under EU law in return proceedings. III.3. Complementarity in practice: c) coordination between return proceedings and parental responsibility proceedings. III.4. Complementarity in practice: d) special EU rules for the application of Article 13 of the 1980 Hague Convention. IV. Concluding remarks

*The present paper is the written elaboration of a presentation delivered at the *VIII Congreso Internacional de Derecho Internacional Privado* de la Universidad Carlos III de Madrid in May 2022.

I. Introduction

1. As it had already emerged from the proposal of the Commission, the recast of Council Regulation (EC) No. 2201/2003 was not going to bring about ambitious innovations in the field of jurisdictional competence and of recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility. Accordingly, Council Regulation (EU) 2019/1111¹ largely reflects the structure of the pre-existing instrument, with one very relevant exception: the EU legislator chose to place a far greater emphasis on child abduction, as clearly indicated by some general references in its text. On the one hand, international child abduction is now expressly mentioned in the title of the Regulation; on the other hand, it is also clarified in Article 1 that the scope of application of the Regulation covers cases of «wrongful removal or retention of a child» (provided that they concern more than one Member State).

2. Even though these mentions refer to features of the EU instrument which were already inherent in the previous Regulation, the drafting technique suggests that the necessity to adopt rules governing child abduction can be no longer explained by their merely ancillary nature to rules on jurisdictional competence and circulation of judgments, as they have acquired autonomous relevance from the perspective of the EU legislator.

3. This impression is reinforced if one looks at the provisions devoted to child abduction matters in the Regulation: not only do they ensure continuity with the past in the areas of jurisdictional competence and recognition and enforcement of judgments, but also they cover more extensively different aspects of international child abduction.

4. That choice is not surprising, if one keeps in mind that Article 11 of Council Regulation (EC) No 2201/2003² and the provisions connected thereto were the subject of several requests of preliminary ruling before the CJEU and gave rise to a wide practice by national courts. For this reason, since its initial recast proposal³ the Commission identified the inefficiency of the proceedings in matters of child abduction as one of the shortcomings to be addressed⁴ and underlined the necessity to revise that section of the Regulation.

5. In addition, the reform of EU rules on child abduction had not only to concentrate on the need to find suitable solutions from the internal perspective of the Union judicial area, but also to take into consideration the interplay of those rules with other relevant international instruments. This necessity clearly arose from the fact that the application of Regulation No. 2201/2003 by domestic courts was considered to entail difficulties relating to its coordination with the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction⁵ and its compatibility with standards concerning the protection of fundamental rights was sometimes called into question⁶. The possible inconsistency between different instruments even fuelled a dialogue between supra-national courts, as some cases were discussed,

¹ Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), *OJL* 178 of 2 July 2019, p. 1 ff.

² Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003, concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, *OJL* 338 of 23 December 2003, p. 1 ff.

³ On the proposal, cf. C. HONORATI, *The Commission's Proposal for a Recast of Brussels IIa Regulation*, in *International Family Law*, 2017, p. 97 ff.

⁴ P. BEAUMONT, L. WALKER, J. HOLLIDAY, *Parental responsibility and international child abduction in the proposed recast of Brussels IIa Regulation and the effect of Brexit on future child abduction proceedings*, in *International Family Law*, 2016, p. 307 ff.

⁵ See esp. L. WALKER, P. BEAUMONT, *Shifting the Balance Achieved by the Abduction Convention: The Contrasting Approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, in *Journal of Private International Law*, 2013, p. 231 ff.

⁶ ECtHR, Judgment of 12 July 2011, *Šneerson and Kampanella v. Italy*, application no. 14737/09, especially paras 84 and 93-96.

in subsequent times, both before the CJEU and the European Court of Human Rights, leading to only partially compatible outcomes⁷.

6. In that context, an effort of EU institutions in ensuring the compatibility of the recast Regulation with the general legal framework in child abduction matters was required and some adjustments were made in order to remove possible concerns emerging from the mentioned practice of domestic and supra-national courts⁸. Thus, it can be useful to assess the approach of the new Regulation towards the 1980 Hague Convention and the rules concerning the protection of fundamental rights and to analyse to which extent the current provisions may provide viable solutions for the smooth coordination of those different groups of rules, despite their different objects and purposes.

II. The general position of the Regulation in matters of child abduction

7. As anticipated, Regulation 2019/1111 did not introduce significant changes with regard to rules on jurisdictional competence regarding parental responsibility. As far as child abduction matters are concerned, Article 9 of the Regulation, dealing with the possible effects of the wrongful removal or retention of a child on the jurisdiction of national courts in matters of parental responsibility, reproduces, virtually unchanged, the text of Article 10 of Regulation No 2201/2003, even though the new provision will now have to be coordinated with Article 29, expressly referring to proceedings on the rights of custody possibly entailing the return of the child.

8. On a different note, the rules on the circulation of judgments in matters of parental responsibility underwent an important transformation, as the requirement of *exequatur* proceedings was abolished. However, following the same approach already enshrined in Regulation No 2201/2003 and by way of derogation from the general regime, decisions ordering the return of the child, which are adopted notwithstanding a previous refusal by the court of the Member State to which the child has been removed or in which he or she has been retained, are considered as «privileged» and benefit from preferential rules for circulation⁹.

9. In this framework, the key development in child abduction matters is displayed by the fact that Regulation 2019/1111 replaced the single provision contained in Article 11 of Council Regulation (EC) No 2201/2003 with a special Chapter (accompanied by no less than 12 recitals of the exceedingly long preamble), which focuses on proceedings for the return of the child, laying down uniform *substantive* and *procedural* rules. Within the new Chapter, the role of Central Authorities in processing applications, means for alternative dispute resolution, procedures for the return of a child, conditions for the refusal to return the child and procedures following such a refusal are dealt with in detail in Articles 22-29.

10. At the outset, the existence of a wider set of provisions concerning child abduction, combined with the express choice to stress the relevance of the topic, may suggest to consider with special accuracy the extent of the competence of the European Union in those matters.

⁷ Cf. R. LAMONT, *Protecting Children's Rights after Child Abduction: The Interaction of the CJEU and ECHR in Interpreting Brussels II bis*, in E. BERGAMINI, C. RAGNI (eds), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 225 ff. See also C. HONORATI, A. LIMANTE, *Article 11*, in C. HONORATI (ed), *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction*, Torino-Frankfurt am Main, Giappichelli-Peter Lang, 2017, p. 112 ff., esp. p. 133 ff.

⁸ See T. KRUGER, L. SAMYN, *Brussels II bis: successes and suggested improvements*, in *Journal of Private International Law*, 2016, p. 159 ff.

⁹ See S. CORNELOUP, T. KRUGER, *Le règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection des enfants gagne du terrain*, in *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2020, p. 215 ff.; V. LAZIC', I. PRETELLI, *Revised Recognition and Enforcement Procedures in Regulation Brussels II ter*, in *Yearbook of Private International Law*, 2021, p. 155 ff.

11. The legal basis of Regulation 2019/1111, as a measure «concerning family law with cross-border implications», was found in Article 81.3 TFEU. In this context, the EU legislator deemed it necessary to expressly clarify that the notion of «civil matters» includes child abduction, by stating in the preamble that proceedings concerning the return of the child, «according to the case-law of the Court of Justice and in line with Article 19 of the 1980 Hague Convention, are not proceedings on the substance of parental responsibility but closely related to it»¹⁰.

12. While this statement clarifies that the provisions of Regulation 2019/1111 concerning international child abduction fall within the material scope of Article 81 TFEU, it is also worth noting that those provisions go far beyond traditional mechanisms of private international law, as they do not deal only with issues concerning jurisdictional competence or the circulation of judgments. In particular, they set out time-limits for the duration of proceedings concerning the return of the child before Central Authorities (Article 23) and before domestic courts (Article 24) or the duration of enforcement proceedings (Article 28); the employment of alternative dispute resolution means (Article 25); the right of the child to express his or her views (Article 26); the procedure for the return of a child before the courts of the Member State where the child was abducted to (Article 27); the consequences of the refusal to return a child and the powers that can be exercised by the courts of the Member State which are competent for parental responsibility matters (Article 29).

13. However, it is well-known that Article 81.1 TFEU points to a broad notion of «judicial cooperation in civil matters», given the wide range of possible measures mentioned in Article 81.2 TFEU. Accordingly, even relying on a merely textual interpretation, it is possible to reach the conclusion that all the provisions concerning child abduction matters in Regulation 2019/1111 correspond to one of the objectives set forth in Article 81.2 TFEU, including «the elimination of obstacles to the proper functioning of civil proceedings» and «the development of alternative methods of dispute settlement».

14. In addition, as it was remarked also by the Court of Justice in its Opinion 1/13, international child abduction has clear cross-border implications¹¹ and rules on proceedings for the return of the child, as between Member States, have a strong impact on other principles enshrined in the Treaties, such as free movement of persons. The Court of Justice had the occasion to stress this point later in *ZW*, where it held that German rules concerning criminal responsibility for child abduction could not lead to discriminate against EU citizens who have exercised their right to move and reside in a Member State which is not their State of origin¹².

15. The conclusion can be easily drawn that also the rules contained in Regulation 2019/1111 can serve the same purpose of avoiding restrictions on the freedom of movement of EU citizens as they overcome the fragmentation of domestic rules governing the civil aspects of child abduction and implementing the 1980 Hague Convention in different Member States.

III. The approach of Regulation 2019/1111 towards the 1980 Hague Convention: an express commitment to complementarity

16. The existence of a close relation between the Regulation and the principle of free movement of persons – which the establishment of an Area of Freedom, Security and Justice is aimed at guaranteeing – is, of course, the general underlying rationale for the inclusion of specific provisions on child abduction into an instrument dealing with parental responsibility.

¹⁰ Cf. Recital 5 of Regulation 2019/1111.

¹¹ CJEU, Opinion 1/13 of 14 October 2014, ECLI:EU:C:2014:2303, para. 68. On the Opinion, see the contributions in P. FRANZINA (ed), *The External Dimension of EU Private International Law After Opinion 1/13*, Antwerp, Intersentia, 2016.

¹² CJEU, Judgment of 19 November 2020, Case C-454/19, *ZW*, ECLI:EU:C:2020:947.

17. In that context, the Court of Justice of the European Union underlined that the provisions on child abduction as contained in Regulation No. 2201/2003 were intimately linked to the framework of the 1980 Hague Convention and that the two instruments shared the same objectives, which could be summarised as follows: to deter child abductions and, in cases of abduction, to obtain the child's return without delay¹³. Therefore, the Regulation was expected to contribute to the fulfilment of those goals, as all the Member States are Contracting Parties of the 1980 Hague Convention and the European Union itself, although unable to become a party, does participate in the conventional system through the intermediary of its Member States¹⁴.

18. As compared to the Convention, the Regulation has a broader material scope of application, as it contains rules defining jurisdictional competence on parental responsibility, which can and do often come into play also in child abduction cases. In fact, questions concerning the return of an abducted child may be intertwined with questions concerning the custody of that same child. Nonetheless, such considerations are, in principle, not relevant for the operation of the Hague Convention system, which is only focused on the consequences of the abduction and leaves domestic rules free to govern custody issues.

19. Accordingly, the objective pursued by Regulation No. 2201/2003 in this area was not to supersede the application of the Convention as between Member States. The relevant provisions were rather intended to build a regional system inspired by the principle of mutual trust between EU Member States and thus capable of achieving more effectively the return of abducted children through the application of the Convention as complemented by the Regulation itself. It was then argued that the two instruments constituted, within the European judicial area, a unitary body of rules in child abduction matters¹⁵.

20. However, the general approach taken by Regulation No. 2201/2003 with regard to its relationship with possibly overlapping international conventions appeared to point into a different direction. In fact, Article 60 of the Regulation provided that the instrument was to «take precedence», *inter alia*, over the 1980 Hague Convention insofar as it concerned matters governed by the Regulation. The priority to be accorded to the Regulation could be seen as an obstacle for the correct application of the Convention and for the harmonious interplay of the two instruments.

21. Probably out of this concern and in the wake of a wider commitment to promote the application of Hague instruments before the courts of Member States¹⁶, Regulation 2019/1111 clarified, even from a textual point of view, its attitude towards the 1980 Hague Convention. The latter is no longer mentioned in Article 95 of the new Regulation, which ensures priority to this instrument over certain multilateral conventions, and the stronger emphasis on the relevance of rules on international child abduction is now displayed by the presence of a provision (Article 96) separately dealing with the relationship between Regulation 2019/1111 and the 1980 Hague Convention.

22. Article 96 is mainly concerned with the definition of the respective scope of application *ratione personarum* of the 1980 Hague Convention and of the Regulation. On the one hand, recognition and enforcement of judgments ordering the return of the child as between different Member States are ensured by the Regulation, as this matter is not governed by the Convention and is otherwise left to the

¹³ CJEU, Judgment of 11 July 2008, Case C-195/08 PPU, *Rinau*, ECLI:EU:C:2008:406, para. 58; Judgment of 8 June 2017, Case C-111/17 PPU, *OL v PQ*, ECLI:EU:C:2017:436, para. 63.

¹⁴ On international agreements concluded by Member States and binding on the European Union, see A. ROSAS, *The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States*, in *Fordham International Law Journal*, 2011, p. 1304 ff.

¹⁵ See CJEU, Opinion 1/13, cit., para. 78.

¹⁶ On the relationship between the Regulation and the 1996 Hague Convention, see B. CAMPUZANO DIAZ, *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*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2020, p. 97 ff.

application of domestic private international law rules. On the other hand, the application of the special substantive and procedural rules contained in the Regulation is confined to the cases in which the child, who is wrongfully removed to or retained in a Member State, had his or her habitual residence in another Member State, while only the Convention will apply, in particular, when the child was habitually resident in a non-EU Member Contracting State¹⁷, even if he or she is subsequently removed from one Member State to another.

23. The new provision does not mark the primacy of the Regulation, but stresses the complementarity between the two instruments: when their respective scope of application coincides, the provisions of the Convention «continue to apply», but domestic courts must at the same time take into account the special rules to be found in the Regulation. Thus, the wording of Article 96, neatly circumscribing the role of the Regulation, entails a formal deference towards the 1980 Hague Convention.

24. A closer examination shows that this approach based on complementarity is, in fact, inherent in different features and provisions of the Regulation, that may lead to the combined operation of the “1980 Hague system” and of the “Brussels-II system”. First, the Regulation refers to some general notions according to the same definitions that can be found in the 1980 Hague Convention; secondly, it requires that certain general principles of EU law in procedural matters be applicable also when national courts have to decide on child abduction cases; thirdly, the Regulation tries to provide coordination between proceedings concerning the return of the child and proceedings concerning custody rights; fourthly, the Regulation interferes with the functioning of some provisions of the Convention – especially Article 13.1.b – in order to provide guidance for national courts when they are called upon to implement those provisions, but also in order to enhance the possibilities of a return of the child to the State of his or her habitual residence. Those different aspects of the interplay between the two instruments deserve careful consideration.

III.1. Complementarity in practice: a) use of common notions

25. Like its predecessor, Regulation 2019/1111 moves from the assumption that, in order to ensure a sound coordination with the 1980 Hague Convention, some general notions, which are necessary for the functioning of the rules on child abduction, have to be interpreted in accordance with the definitions provided by the Convention. In this connection, the use of common definitions was facilitated by the fact that Regulation No. 2201/2003 was drafted with a view to guaranteeing its parallel application with the 1996 Hague Convention on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and co-operation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children.

26. For this reason, some harmonised notions can be now found in all the three mentioned instruments: in particular, the definitions of «rights of custody», «rights of access», «wrongful removal» and «wrongful retention», as contained in Article 1.2 of the Regulation, are clearly modeled after the corresponding concepts referred to in the 1980 and 1996 Hague Conventions¹⁸. Being those concepts crucial for the implementation of instruments dealing with child abduction matters, a uniform interpretation can certainly be helpful in achieving a closer coordination.

27. However, the parallelism between the Regulation and the 1980 Hague Convention with reference to the use of common notions is not absolute, as the EU system has the potential for the development of an autonomous interpretation through the mechanism of preliminary ruling by the Court

¹⁷ On the scope *ratione personae* of the Convention, see E. PÉREZ-VERA, *Explanatory Report to the Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, available at hcch.net, para. 75 ff.

¹⁸ The fact that the definitions of “wrongful removal” and “wrongful retention” are framed in very similar terms in the Convention and in the Regulation is, for example, remarked by CJEU, Order of 10 April 2018, *CV v DU*, ECLI:EU:C:2018:220, para. 39.

of Justice. This implies that a binding interpretation of the provisions of the Regulation (and possibly of the 1980 Hague Convention¹⁹) can be provided to the courts of all the Member States, while this cannot occur as between the Contracting Parties of the Convention. That interpretation is inevitably affected by the impact of other sources of EU law, among which the Charter of Fundamental Rights plays a prominent role, and relies on methods and elements that are peculiar to the legal system of the European Union.

28. The case-law of the Court of Justice already provides some examples. For instance, in *McB*, the Court interpreted the notion of «holder of custody rights» and found that Regulation No. 2201/2003 did not prevent a Member State from ensuring that a father, who is not married to the child's mother, may acquire custody rights only as a result of a domestic judgment²⁰. That conclusion, entirely based on the textual interpretation of Article 2 of the Regulation, was also evaluated in the light of Articles 7 and 24 of the Charter and considered as compatible with the right to private and family life and with children's rights²¹; in that context, the possible contribution of the 1980 Hague Convention to the interpretation of the notion was never discussed.

29. Likewise, in *Valcheva* the notion of «rights of access» was interpreted as including the right of persons with whom the child has family ties, like grandparents, to have contact with the child itself²²: again, the Court did not refer to the parallel notion employed in the 1980 Hague Convention, but took into consideration the general objectives of Regulation No. 2201/2003 and its *travaux préparatoires*.

30. According to the same pattern, the definition of «wrongful removal» and «wrongful retention» was also analysed in some judgments of the Court of Justice, which was able to develop an autonomous interpretation, making only faint references to the 1980 Hague Convention and essentially relying on the objectives and the structure of the Regulation and on arguments based on the coordination of judicial cooperation in civil matters with other EU instruments. It was then held that the retention of an infant by the mother in a Member State against the will of the father cannot be deemed as wrongful, when the child was born in that State in conformity with a common choice of the parents and even if the parents exercise joint parental responsibility²³. In a more recent case²⁴, a removal of the child from his or her Member State of habitual residence to another Member State, occurred without the father's consent, was not considered as wrongful, in the light of the fact that the mother had to comply with a decision to transfer taken by the first Member State in application of the "Dublin-III" Regulation²⁵.

31. Thus, some of the notions that are enshrined in the Regulation were derived from the 1980 Hague Convention and ensure the continuity between the two instruments; however, one must be aware that through the interpretation of the Court of Justice they may undergo an evolution that will remain confined to the European judicial area (unless the preliminary rulings of the Court are able to exercise some influence on the broader system of the Convention, if the courts of other Contracting Parties are willing to take them into account).

¹⁹ On the power of the Court of Justice to deal with questions concerning the interpretation of the 1980 Hague Convention, see CJEU, Judgment of 9 October 2014, Case C-376/14 PPU, *C v M*, ECLI:EU:C:2014:2268, para. 58.

²⁰ CJEU, Judgment of 5 October 2010, Case C-400/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:582.

²¹ See N. LAZZERINI, *Il controllo della compatibilità del diritto nazionale con la Carta dei diritti fondamentali nella sentenza McB*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 136 ff.

²² CJEU, Judgment of 31 May 2018, Case C-335/17, ECLI:EU:C:2018:359.

²³ CJEU, Judgment of 8 June 2017, *OL v PQ*, cit.

²⁴ CJEU, Judgment of 2 August 2021, Case C-262/21 PPU, *A v B*, ECLI:EU:C:2021:640.

²⁵ Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), in *OJ L* 180 of 29 June 2013, p. 31 ff.

III.2. Complementarity in practice: b) introducing procedural principles relevant under EU law in return proceedings

32. While the use of common notions is a pre-condition for the combined operation of the 1980 Hague Convention and of the Regulation, it must be considered that proceedings for the return of the child under the 1980 Hague Convention are not supposed to be conducted according to uniform rules in different Contracting States. However, the high degree of integration between EU Member States suggested to take steps in that direction, laying down more detailed procedural rules.

33. A good example is provided by the so-called “six-weeks rule”, already established by Article 11 of the 1980 Hague Convention: while domestic courts still have to strike a balance between their duty to act expeditiously and the necessity of a thorough examination of child abduction proceedings²⁶, Article 24 of Regulation 2019/1111 attempted to provide some clarifications as to the functioning of the rule in court proceedings.

34. The same necessity to act within a very tight time-frame is extended by the Regulation to enforcement of return orders, that is subject, too, to the six-weeks rule according to Article 28. This matter is not covered by the 1980 Hague Convention, but a clear guidance in this respect is provided by the case-law of the European Court of Human Rights, which requires «specific streamlined proceedings... for the enforcement of return orders»²⁷: this shared approach is a clear sign of the convergence of the objectives of the Regulation with the need to protect fundamental rights. Unsurprisingly, then, in *Rinau v Lithuania*²⁸ the European Court, even though ruling long after the relevant circumstances, had the occasion to conclude that there had been a violation of the right to private and family life in a case in which a Member State had failed to give swift enforcement to a return order due to the intervention of domestic political figures and notwithstanding a preliminary ruling of the Court of Justice clearly pointing to the necessity to apply the enforcement procedure based on the certificate issued by the Member State of origin²⁹.

35. But the effort to supplement the general framework of the Convention regime is especially visible, insofar as some general principles of Union law concerning civil procedure have now developed and are binding on Member States even when they apply the 1980 Hague Convention.

36. In particular, one of the general novelties in Regulation 2019/1111 is the emphasis placed on the right of the child to be heard³⁰: the provision now contained in Article 21 of the Regulation and applicable in proceedings concerning parental responsibility is clearly based on Article 24 of the European Charter of Fundamental Rights and on Article 12 on the 1989 UN Convention on the Rights of the Child. If the child is capable of forming his or her views, he or she must be provided with an opportunity to express those views and domestic courts are expected to give them due weight in accordance with his or her age and maturity. The conditions and manner of implementation of the right of the child to be heard is left to domestic law³¹, but the importance of the principle is confirmed by the fact that the Regulation considers the failure to comply with the principle as a ground for refusal of recognition of judgments under its Article 39 (or as a ground of non-issuance of a certificate for the so-called privileged decisions under its Article 47).

²⁶ For an evaluation of those duties, see C. HONORATI, A. LIMANTÈ, *Article 11*, cit., p. 116 ff. and p. 133 ff., with special reference to the case-law of the European Court of Human Rights.

²⁷ European Court of Human Rights, Judgment of 15 January 2015, *M.A. v Austria*, application no. 4097/13, para. 136. See also Judgment of 1 February 2018, *M.K. v Greece*, application no. 51312/16.

²⁸ European Court of Human Rights, Judgment of 14 January 2020, application no. 10926/09.

²⁹ CJEU, Judgment of 11 July 2008, Case C-195/08 PPU, *Rinau*, ECLI:EU:C:2008:406.

³⁰ On the approach of domestic courts to the hearing of the child, see T. VAN HOF, S. LEMBRECHTS, F. MAOLI, G. SCIACCALUGA, T. KRUGER, W. VANDENHOLE, L. CARPANETO *To hear or not to hear: reasoning of judges regarding the hearing of the child in international child abduction proceedings*, in *Family Law Quarterly*, 2020, p. 327 ff.

³¹ T. KRUGER, L. CARPANETO, F. MAOLI, S. LEMBRECHTS, T. VAN HOF, G. SCIACCALUGA, *Current-day international child abduction does Brussels IIb live up to the challenges?*, in *Journal of Private International Law*, 2022, p. 159 ff., esp. p. 166 ff.

37. Given the significance the right of the child to be heard, Article 26 explicitly extends its applicability to child abduction proceedings through a reference to Article 21. This feature of the Regulation is, however, not new, as an obligation to give the child, if of sufficient age and maturity, the opportunity to be heard already existed under Article 11.5 of Regulation No. 2201/2003. Such a provision builds upon a very general mention of the necessity to take into account children's views in Article 13 of the 1980 Hague Convention, which, however, does not impose on domestic courts an obligation to hear the child³², but only to take into account his or her objection to being returned. Thus, the Regulation advances the relevance of the hearing of the child in abduction proceedings, even though the extent of such an obligation is still largely dependent on the contents of domestic law.

38. In addition, Article 27.1 of the Regulation, employing the same wording of previous Article 11.5 of Regulation No. 2201/2003, also requires domestic court to hear the person seeking the return of the child in return proceedings, in accordance with his or her right to an effective remedy, which encompasses the right of access to a court³³. Such a procedural guarantee for the left-behind parent appears to be necessary in order to ensure that the operation of the Hague regime takes place in accordance with fair trial standards. Likewise, it can be inferred from Articles 39 and 47 of the Regulation that the same guarantee applies to the abducting parent, in order to ensure that proceedings fully comply with the adversarial principle.

39. Another reference to procedural steps to be taken in child abduction proceedings that can be seen as related to more general tendencies under EU law concerns recourse to alternative dispute resolution means in Article 25 of the Regulation. Even if EU legislation regarding mediation or other similar mechanisms in family matters is still at an early stage³⁴, the Regulation seems to suggest that domestic courts should usually invite parties to engage into alternative dispute resolution. National courts, though, still enjoy a broad discretion to evaluate the appropriateness of those mechanism to each case.

40. The much more detailed rules on the recognition and enforcement of the agreements reached by the parties with the necessary involvement of the child, as enshrined in Articles 64-68 of the Regulation³⁵, may further encourage the parents to submit to alternative dispute resolution. The possible usefulness of a wider employment of those means is unquestionable, especially because they can allow the joint settlement of custody issues and of child abduction issues; still, several factors (risk of an abuse of mediation proceedings in order to delay the return of the child, difficulties connected to heated confrontation between the parents, lack of specialist mediators in some Member States) should deter from a too "enthusiastic" approach to this topic³⁶.

III.3. Complementarity in practice: c) coordination between return proceedings and parental responsibility proceedings

41. In the third place, a relationship between Regulation 2019/1111 and the 1980 Hague Convention based on complementarity can be seen in those rules which aim at coordinating return proceedings and parental responsibility proceedings. The Convention being focused only on child abduction, its rules are unable to provide such a coordination and limit themselves to granting priority to return

³² See also European Court of Human Rights, Judgment of 23 November 2021, *S.N. and M.B.N. v. Switzerland*, application no. 12937/20, para. 112; Judgment of 9 September 2014, *Gajtani v. Switzerland*, application no. 43730/07, para. 108.

³³ For a case in which the right to access to a court in return proceedings was expressly mentioned, see ECtHR, Judgment of 25 June 2013, *Anghel v. Italy*, application no. 5968/09, esp. para. 56 ff.

³⁴ Cf. Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, OJ L 136 of 24 May 2008, p. 3 ff.: the Directive covers family matters alongside with other civil and commercial matters, but sets out only very general principles.

³⁵ See C. HONORATI, S. BERNASCONI, *L'efficacia cross-border degli accordi stragiudiziali in materia familiare tra i regolamenti Bruxelles II-bis e Bruxelles II-ter*, in *Freedom Security Justice European Legal Studies*, 2020, p. 22 ss.

³⁶ For the idea that eagerness to use this instrument is not sufficient for the establishment of an effective mediation system in child abduction cases, see S. VIGERS, *Mediating International Child Abduction Cases*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 115 ff.

proceedings by preventing, in principle, the courts of the State of removal or retention from determining custody issues and by preserving the respective autonomy of the two sets of proceedings. In the same vein, Article 9 of the Convention clarifies that a decision concerning the return of the child cannot be understood as a determination on the merits of custody rights.

42. The approach enshrined in the Regulation is partially different, as a consequence of the fact that parental responsibility falls within its scope of application. For this reason, even though the two sets of proceedings remain separate and subject to different rules, Regulation 2019/1111 appears to welcome, at least in its preamble³⁷, the possibility of an all-encompassing solution, provided that it is agreed upon by the parties: if the parents settle simultaneously return issues and custody issues, it will be possible to concentrate jurisdiction in the Member State of the removal or retention according to Article 10 of the Regulation.

43. While this may happen if the parties are willing to accept this, the Regulation, reiterating a position already taken in Regulation No. 2201/2003, clearly prioritises the role of the courts which may exercise the competence in matters of parental responsibility, assuming that they are better placed in order to make a decision as to the welfare of the child and probably fearing that the courts in the State of the wrongful removal or retention can be biased in favour of the abducting parent. For this reason, departing from the suggestions of several scholars³⁸, Regulation 2019/1111 did not abolish the so-called overriding mechanism, but rather re-focused it by clarifying that the courts of the State of the habitual residence of the child are not expected to merely second-guess the decision made in the State of removal or retention about the return of the child, but to examine that issue in the more general framework of a case about parental responsibility.

44. On the one hand, the rule retained its prominent role in the system established by the Regulation in child abduction matters, as it is shown by the fact that Article 42 of Regulation 2019/1111 lists decisions for the return of the child made under Article 29.6 among the «privileged decisions». Even if the general abolition of *exequatur* proceedings within the scope of application of the Regulation may lead to overlook the special position of those decisions, they still are not subject to the procedure and grounds for refusal of recognition or enforcement usually applicable in matters of parental responsibility and a different set of remedies against their enforcement is provided³⁹.

45. On the other hand, the new provision appears to be more consistent with the general functioning of the Regulation⁴⁰, as it allows the courts of the State of the child's habitual residence to make use of their jurisdictional competence, which is not affected, under the mentioned Article 9 of the Regulation, by the wrongful removal or retention⁴¹, unless the holder of custody rights has acquiesced in the removal or retention. Thus, the powers of the State of the abduction, emanating from the 1980 Hague Convention and confined to the return of the child, and those of the State of the habitual residence, dealing in a broader context with custody and access rights, may clearly co-exist.

³⁷ Cf. Recital 22 of the Regulation: «Member States which have concentrated jurisdiction should consider enabling the court seised with the return application under the 1980 Hague Convention to exercise also the jurisdiction agreed upon or accepted by the parties pursuant to this Regulation in matters of parental responsibility where agreement of the parties was reached in the course of the return proceedings».

³⁸ See, e.g., 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*, in *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 211 ff.; T. KRUGER, L. SAMYN, *Brussels II bis: successes and suggested improvements*, cit., p. 165 ff.

³⁹ Cf. Article 48 of the Regulation, concerning rectification and withdrawal of the certificate, and Article 50, concerning the situation of irreconcilable decisions.

⁴⁰ For the idea that the new provision is an improvement to the existing system, cf. T. KRUGER, L. CARPANETO, F. MAOLI, S. LEMBRECHTS, T. VAN HOF, G. SCIACCALUGA, *Current-day international child abduction: does Brussels IIb live up to the challenges?*, cit., p. 176 ff.

⁴¹ Accordingly, the impossibility to order the return of the child in the State of his or her habitual residence following a refusal to return the child under Article 13, para. 1, lett. a), of the 1980 Hague Convention seems to be merely a consequence of the fact that the courts of that State no longer possess jurisdictional competence in matters of parental responsibility, in line with Article 9, lett. a), of the Regulation.

46. This general idea had in fact already been expressed in the ruling of the Court of Justice in *Hampshire County Council*, where it was held that the 1980 Hague Convention does not intend to be exclusively applied in order to obtain the prompt return of the child and that, consequently, this may be ordered in the context of proceedings concerning parental responsibility at the same time that custody issues are settled by the court having jurisdictional competence according to EU rules⁴². That principle allowed the parties to have alternatively recourse either to the return proceedings under the 1980 Hague Convention or to the parental responsibility proceedings under the Regulation No. 2201/2003.

47. Article 29.6 clearly goes beyond this approach, as it is aimed to establish the consequences that are to follow when the rules of the Convention are applied: for this reason, Article 29.4 of the Regulation establishes an obligation to entertain direct communication between the courts of the State of abduction and the courts where proceedings concerning parental responsibility take place, so that the latter may take into consideration the non-return decision and possibly apply Article 29.6 of the Regulation.

48. However, the so-called “overriding mechanism” will now be available only in some cases, expressly identified by Article 29.1 of the Regulation: the power to order the return of the child can be exercised only if the courts of the State of wrongful removal or retention rely on the existence of a grave risk of physical or psychological harm for the child or if they uphold the child’s objection to being returned⁴³. In this connection, the Regulation also envisages a supplementary duty for the courts of the State of removal or retention: when they refuse to return the child in the proceedings under the 1980 Hague Convention, they are required to expressly state the grounds for such a refusal⁴⁴.

III.4. Complementarity in practice: d) special EU rules for the application of Article 13 of the 1980 Hague Convention

49. From a fourth point of view, Regulation 2019/1111 complements the regime established by the 1980 Hague Convention with regard to the implementation of Article 13, para. 1, lett. b), of the Convention itself: such a choice is explained by the fact that the application of that provision by domestic courts can be at odds with the general objective of the Regulation to ensure the prompt return of the child and, at the same time, involves a wide margin of discretion.

50. However, the existence of that margin is required by the need to comply with the principles envisaged in the case-law of the European Court of Human Rights, which highlighted that in matters of child abduction the right to private and family life under Article 8 of the European Convention on Human Rights can be protected by complying with the principles laid down in the 1980 Hague Convention and in the 1989 UN Convention on the Rights of the Child⁴⁵. Accordingly, the European Court held that a

⁴² CJEU, Judgment of 19 September 2018, Joined Cases C-325/18 PPU and C-375/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:739, paras. 45-62.

⁴³ The powers of the courts of the State of the habitual residence will be subject to limitations, insofar as the refusal to return the child is based on a possible the fundamental principles of the requested State relating to the protection of human rights and fundamental freedoms under Article 20 of the Convention: even if they still may exercise their jurisdictional competence with regard to custody rights, they cannot make an order as to the return of the child under Article 29.6 of the Regulation. However, as such a judgment would benefit from the special regime of circulation established by the Regulation, it is unclear whether the State of the enforcement could, in fact, oppose the return of the child relying on the previous decision of its courts under Article 20 of the Convention.

⁴⁴ Cf. Recital 48 of the Regulation: the necessity to identify the grounds taken into consideration by the court refusing the return of the child arises from the contents of the Annex I, that has to be filled in and attached to the judgment, when it is communicated to the courts of the State of the habitual residence of the child.

⁴⁵ European Court of Human Rights, Judgment of 6 July 2010, *Neulinger and Shuruk v Switzerland*, application no. 41615/07, para. 132.

child's return cannot be ordered automatically or mechanically⁴⁶ and stressed the need to take genuinely into account all the relevant factors that may suggest the existence of a grave risk for the child in case of return⁴⁷.

51. Thus, domestic courts are called upon to carry out an in-depth assessment of the circumstances of the case, in order to ascertain whether one of the exceptions enshrined in articles 12 and 13 of the 1980 Hague Convention may apply and to strike a fair balance between the different interests at stake. As Member States are expected to comply with those obligations even when they have to apply EU rules, Regulation 2019/1111 tried to supplement the Convention on this subject and took different steps in order to regulate the power of domestic courts to refer to Article 13, para. 1, lett. b), as a ground for non-return, moving further than the pre-existing rules in Regulation No. 2201/2003.

52. To this regard, Article 27.3 of Regulation 2019/1111 reiterates that the risk of a physical or psychological harm to the child does not lead automatically to a decision of non-return, insofar as "adequate arrangements have been made to secure the protection of the child after his or her return". While the scope of that protection can vary on a case-by-case basis⁴⁸, the provision is intended to suggest that domestic courts take into account the efforts of the parent seeking the return of the child to prevent possible risks for the child itself and to plan in advance measures counterweighting them. However, the new Regulation placed a stronger emphasis also on the duty for domestic courts to conduct an in-depth analysis of the arrangements made in the State of the habitual residence on the basis of the evidence provided by the claimant or of expert reports or other means ordered *ex officio*.

53. Similarly, the new provision contained in Article 27.5 of the Regulation adds a different instrument, that can be activated by domestic courts when they decide to order the return of the child notwithstanding the existence of the grave risk of a physical or psychological harm, namely the establishment of provisional measures⁴⁹ aimed at avoiding such risk. Since the purpose of the provision is to ensure that Article 13, para. 1, lett. b), of the Convention does not constitute an obstacle to the return of the child whenever domestic courts may proceed with the adoption of adequate measures, this has a clear impact on the functioning of the conventional regime. As the reference to Article 15 of the Regulation clarifies, the rationale for this special way of implementation can be found in the suitability of provisional measures for circulation to other Member States⁵⁰: that possibility does not exist under the 1980 Hague Convention and can only be envisaged as a result of the mutual trust between the Member States of the European Union.

54. While those provisions seem to restrain the ability of domestic courts to rely on Article 13, para. 1, lett. b), of the 1980 Hague Convention, a very significant progress was made by Regulation 2019/1111 to the opposite direction, as Article 56.4 of the Regulation now allows domestic courts to take consideration of a risk of physical or psychological harm for the child even during enforcement pro-

⁴⁶ European Court of Human Rights, judgment of 12 July 2011, *Šneerson and Campanella v Italy*, application no. 14737/09, para. 85.

⁴⁷ European Court of Human Rights, Judgment of 26 November 2013, *X v Latvia*, application no. 27853/09. In the sense that EU rules subscribe to the «same philosophy», European Court of Human Rights, Judgment of 28 October 2021, *Kupás v Hungary*, application no 24720/17, para. 49.

⁴⁸ For the necessity that protective measures include also the protection of the mother, at least when she is the victim of domestic violence by the father seeking the return of the child, see C. HONORATI, G. RICCIARDI, *Violenza domestica e protezione cross-border*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2022, p. 225 ff., esp. p. 241 ff.; I. PRETELLI, *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*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, p. 1310 ff.

⁴⁹ The provisional nature of those measures can be explained by the fact that, after the return of the child, any decision as to the custody and access rights will be in the hands of the domestic courts of the State of the habitual residence of the child, which, on account of their jurisdictional competence on the merits, may also take different protective measures.

⁵⁰ See T. KRUGER, L. CARPANETO, F. MAOLI, S. LEMBRECHTS, T. VAN HOF, G. SCIACCALUGA, *Current-day international child abduction: does Brussels IIb live up to the challenges?*, cit., p. 178.

ceedings. The Regulation took a very cautious approach about the scope of application of this provision, underlining that it can be invoked only «in exceptional cases», but the fact remains that the courts of the State of enforcement are supposed to engage into a scrupulous assessment of the circumstances of the case before they can give way to the implementation of the decision.

55. The particular significance of the provision, which is bound to apply also to the enforcement of «privileged decisions» under the Regulation, lies in its capacity to respond to concerns arising from the possible infringement of fundamental rights for a mechanical application of EU rules in matters of circulation of judgments⁵¹. In fact, the suspension of the enforcement proceedings that can be ordered under Article 56.4 of the Regulation is expressly directed at protecting the rights of the child whenever a change of the circumstances so requires. Even if the provision covers a procedural stage which is outside the scope of application of the 1980 Hague Convention, one can still discern its complementarity, insofar as it contributes to preventing the same risks and dangers that are taken into account by Article 13 of the Convention itself and could lead, if disregarded, to a possible violation of Article 8 of the European Convention on Human Rights.

IV. Concluding remarks

56. As we have seen, Regulation 2019/1111 reinforces the impression that it may act as a unitary body with the 1980 Hague Convention and that its rules are intended to supplement the system of the Convention itself by providing a special regime applicable as between EU Member States. In the new Regulation, this approach has been clarified, as the priority clause was replaced with a provision that identifies the respective scope of application of the two instruments and expressly underlines that the Regulation is expected to apply in combination with the Convention.

57. In order to enhance the fulfilment of the objective of a prompt return of the child in the European judicial area, the new Regulation, building on the experience of Regulation No. 2201/2003, further develops the opportunities of a complementary application of its rules in return proceedings and in proceedings following the refusal to return the child. In doing so, the Regulation ensures a better coordination between the two sets of proceedings, preserving the crucial role of the courts of the State of the habitual residence of the child insofar as they are competent in matters of parental responsibility, and emphasises the importance to comply with general procedural principles of EU law, but also includes several new provisions clearly aiming to enhance the ability of EU rules in child abduction matters to comply with the principles relating to the protection of fundamental rights.

⁵¹ See G. BIAGIONI, Avotinš v. Latvia. *The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights*, in *European Papers*, 2016, p 579 ff.

El documento notarial electrónico

The electronic notarial document

JOSÉ CARMELO LLOPIS BENLLOCH

Notario

Recibido: 28.12.2022 / Aceptado: 24.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7588

Resumen: El concepto de documento notarial electrónico se introdujo en el sistema español por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. Esta norma estableció sus requisitos y esencia sin crear un nuevo subtipo de documento notarial, sino simplemente permitiendo y regulando su traslación al medio electrónico. Con posterioridad se reformó del Reglamento Notarial en 2007 para adaptarlo a dicha Ley, en tanto que el Notariado comenzó a trabajar en una modernización de su infraestructura tecnológica que permitiera poner en marcha una verdadera sede electrónica notarial.

Palabras clave: documento notarial electrónico, sede electrónica notarial.

Abstract: The concept of electronic notarial document was introduced into the Spanish legal system by the Act 24/2001, of December 27. This legislation/ established the requirements and the essence of such a document without creating a new subtype of notarial document, but simply allowing and regulating its transfer to electronic media. Subsequently, the *Reglamento Notarial* was amended in 2007 to adapt it to the said Act, while the Notaries began to work on modernizing its technological infrastructure to allow the implementation of a true notarial electronic office.

Keywords: electronic notarial document, notarial electronic office.

Sumario: I. Documento electrónico. 1. El documento notarial. 2. El documento electrónico. 3. El documento notarial electrónico. II. El soporte papel y electrónico en la normativa notarial vigente. III. Evolución práctica del documento público notarial. 1. Depósito electrónico de los documentos que conforman la información precontractual. 2. La remisión a particulares de copias simples electrónicas. 3. La normativa administrativa. IV. Evolución teórica del documento electrónico notarial. V. Documentos notariales electrónicos. 1. Introducción. 2. Matriz electrónica. A) Aplicación a todo tipo de instrumentos públicos. B) Desarrollo reglamentario técnico. C) Mantenimiento de los principios fundamentales la función notarial. D) Reflejo informático. E) Autorización a través de videoconferencia. VI. Copias electrónicas. VII. Conclusión: existen ventajas y inconvenientes.

I. Documento electrónico

El documento notarial

1. El documento notarial es un tipo de documento público que está regulado fundamentalmente en la Ley Orgánica del Notariado y en su Reglamento. Concretamente, el artículo 17.1 de la Ley Orgánica del Notariado dice que “*el Notario redactará escrituras matrices, intervendrá pólizas, extenderá y autorizará actas, expedirá copias, testimonios, legitimaciones y legalizaciones y formará protocolos y Libros-Registros de operaciones*”.

2. Cada uno de esos tipos documentales tienen su propio contenido, reglas y efectos. Por ejemplo, para las escrituras, el mismo artículo 17.1 de la Ley Orgánica del Notariado dice que “(...) *tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases*”, para después distinguir entre escritura matriz, que es “*la original que el Notario ha de redactar sobre el contrato o acto sometido a su autorización, firmada por los otorgantes, por los testigos instrumentales, o de conocimiento en su caso, y firmada y signada por el mismo Notario*” y las copias, con su regulación propia y extensa en el Reglamento Notarial.

3. En relación a las pólizas, dice el mismo artículo 17.1 que “*Las pólizas intervenidas tienen como contenido exclusivo los actos y contratos de carácter mercantil y financiero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de sus otorgantes, quedando excluidos de su ámbito los demás actos y negocios jurídicos, especialmente los inmobiliarios. El Notario conservará en su Libro-Registro o en su protocolo ordinario el original de la póliza, en los términos que reglamentariamente se disponga*”.

4. Finalmente, en relación a las actas notariales, dice que “*tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el Notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones*”.

1. El documento electrónico

5. Pocas dudas genera saber lo que es un documento notarial, al menos en relación a los más conocidos como las escrituras o las actas, por lo detallado de su regulación legal y reglamentaria, pero más dudas genera el saber con claridad qué es un documento electrónico.

6. La actualmente derogada Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, lo definía en el artículo 3.5 como “*la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado*”. Este concepto es el que toma en las Normas Técnicas de Interoperabilidad a las que se refiere el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica.

7. Dicha Ley fue superada por el Reglamento eIDAS 910/2014 de 23 de julio de 2014, que contiene una definición de documento electrónico en su artículo 3.5, como “*todo contenido almacenado en formato electrónico, en particular, texto o registro sonoro, visual o audiovisual*”.

8. No obstante, este Reglamento no tiene como objeto propio la regulación de la eficacia ni la validez de los documentos electrónicos, sino que los trata como base para el desarrollo del marco jurídico de los servicios de confianza que regula, como la firma o los sellos electrónicos. No podía además ser de otra manera, cuando el artículo 2.3 dice que el Reglamento “*no afecta al Derecho nacional o de la Unión relacionado con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales o de procedimiento relativos a la forma*”.

9. De hecho, la única norma que se refiere a sus efectos jurídicos, el artículo 46, únicamente exige que no se denieguen efectos jurídicos ni admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales a un documento electrónico por el mero hecho de estar en formato electrónico. En este sentido, su Considerando 63, justifica esta regulación en evitar que se rechace una transacción electrónica por el mero hecho de que el documento está en formato electrónico.

10. La Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, ya no incluye un concepto de documento electrónico, puesto que asume la que recoge el Reglamento eIDAS, y así lo admite la Exposición de Motivos cuando dice que “*la presente*

Ley no realiza una regulación sistemática de los servicios electrónicos de confianza, que ya han sido legislados por el Reglamento 910/2014, el cual, por respeto al principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, no debe reproducirse total o parcialmente”.

11. Siendo consecuente, lo que sí regula, ante el silencio forzoso de la normativa europea, son los efectos de los documentos electrónicos, y por eso su artículo 3.1 dice que *“los documentos electrónicos públicos, administrativos y privados, tienen el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable”.*

12. No puede decir otra cosa la norma interna, y por eso se puede afirmar que dicha Ley es neutra en relación a los efectos que se atribuyen por el ordenamiento jurídico a los documentos notariales, que se van a seguir rigiendo por la Ley y el Reglamento Notarial, sobre todo teniendo además en cuenta que la Disposición adicional primera reitera la idea de que la Ley no sustituye ni modifica las normas que regulan la dación de fe notarial.

13. No obstante, lo que sí regula la Ley es el efecto que produce en el documento electrónico la utilización de un servicio de confianza, concretamente cuando el artículo 3.2 dice que *“la prueba de los documentos electrónicos privados en los que se hubiese utilizado un servicio de confianza no cualificado se regirá por lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 326 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Si el servicio fuese cualificado, se estará a lo previsto en el apartado 4 del mismo precepto”.*

14. El problema que plantea este artículo no es tanto el valor y efectos jurídicos generales del documento público frente al privado, sino un valor probatorio superior cuando se haya utilizado un servicio de confianza cualificado. De hecho, en el propio Preámbulo se admite que *“se modifica la regulación anterior al atribuir a los documentos electrónicos para cuya producción o comunicación se haya utilizado un servicio de confianza cualificado una ventaja probatoria. A este respecto, se simplifica la prueba, pues basta la mera constatación de la inclusión del citado servicio en la lista de confianza de prestadores cualificados de servicios electrónicos regulada en el artículo 22 del Reglamento (UE) 910/2014”.*

15. La eficacia de los documentos privados en el proceso se regula en los artículos 324 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente en el artículo 326.1, que comienza a remitirse a los efectos del artículo 319 para documentos públicos en los casos en que no sean impugnados. Establece el artículo 319 que la eficacia probatoria de los documentos públicos aportados (en formato papel o electrónico) al proceso, en original o por copia o certificación fehaciente (o copia simple no impugnada). Concretamente dice que hacen *“prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella”.*

16. De manera coherente, la Disposición final segunda modifica el número 3 y añade el número 4 al artículo 326 LEC, con el siguiente texto:

“3. Cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo solicite o se impugne su autenticidad, integridad, precisión de fecha y hora u otras características del documento electrónico que un servicio electrónico de confianza no cualificado de los previstos en el Reglamento (UE) 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, permita acreditar, se procederá con arreglo a lo establecido en el apartado 2 del presente artículo y en el Reglamento (UE) n.º 910/2014”.

17. En caso de impugnación, el artículo 326.2 permite el cotejo pericial, pero cuando el documento es electrónico se remite al artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica (que deroga la presente norma). En el número 8 habla de la impugnación de la firma electrónica reconocida, en cuyo caso la

consecuencia es la comprobación de que efectivamente es una firma reconocida, siendo la carga de la prueba para el que ha aportado el documento electrónico. Si se impugna una firma avanzada, se remite a una prueba pericial.

18. Por tanto, en los casos de servicios no cualificados, se remite al número 2 del artículo 326, y por tanto a la práctica de una prueba pericial. Más dudas genera la remisión al Reglamento eIDAS, pues la única cuestión relativa a la prueba es la que se refiere a la no denegación en juicio de efectos a las firmas, sellos o documentos por el hecho de estar en formato electrónico.

19. Este artículo no está sistemáticamente ubicado en la LSC, sino en la LEC, y hay que leerlo en el contexto de ambas: un documento privado que haya utilizado un servicio no cualificado no tendrá más efectos por esta norma, sino que los efectos propios del mismo vendrán bien por su carácter de documento privado, bien por el servicio de confianza (no cualificado en este caso) que se haya empleado.

“4. Si se hubiera utilizado algún servicio de confianza cualificado de los previstos en el Reglamento citado en el apartado anterior, se presumirá que el documento reúne la característica cuestionada y que el servicio de confianza se ha prestado correctamente si figuraba, en el momento relevante a los efectos de la discrepancia, en la lista de confianza de prestadores y servicios cualificados. Si aun así se impugnare el documento electrónico, la carga de realizar la comprobación corresponderá a quien haya presentado la impugnación. Si dichas comprobaciones obtienen un resultado negativo, serán las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Si, a juicio del tribunal, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle, además, una multa de 300 a 1200 euros”.

20. En caso de que el servicio sea cualificado, al contrario del régimen anterior en que era el aportante del documento el que tenía la carga de la prueba, se presumirán sus efectos únicamente con la justificación de que esté incluido en la lista de confianza de prestadores y servicios cualificados. Si aun así se impugna, la carga de la prueba se invierte y le corresponde a quien presente la impugnación.

1. El documento notarial electrónico

21. El concepto de documento notarial electrónico se introdujo en nuestra normativa por la modificación que se realizó por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, para la introducción de medios telemáticos en materia de seguridad jurídica preventiva.

22. Por un lado, se introdujo el artículo 17 bis, que vino a establecer los requisitos y esencia del documento notarial electrónico, sin crear un nuevo subtipo de documento notarial, sino simplemente permitiendo y regulando su traslación al medio electrónico, al decir que *“Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán dicho carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquél de conformidad con la Ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias”.* También aclaró que

“La autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia:

a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.

b) Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes”.

23. Paralelamente, se comenzó a trabajar en la reforma del Reglamento Notarial que se consumaría en 2007 para adaptar parte del texto normativo al nuevo telemático que había apuntado la Ley de 2001, y por otro lado el notariado comenzó a trabajar en una modernización de su infraestructura tecnológica, que permitiera poner en marcha una verdadera Sede Electrónica Notarial que le permitiera relacionarse tanto con la Administraciones Públicas (en una primera fase) como con los ciudadanos y empresas (en una segunda fase). Para ello se desarrollaron las siguientes infraestructuras.

24. RENO: El Notariado se ha dotado de una Red Privada Notarial (RENO) que conecta a los 3.000 Notarios y a toda la infraestructura corporativa (los 17 colegios notariales y el Consejo General del Notariado). De hecho, cada notario tiene en su despacho, un servidor propio denominado PLATON, constantemente interconectado con el resto de la infraestructura, y bajo vigilancia ininterrumpida.

25. Esta red es una VPN (*Virtual Private Network*), y es una de las redes más grandes de este tipo en España. Permite que toda transmisión de datos se realice con el más alto grado de seguridad y privacidad. De hecho, fue de las pocas redes que no cayó y se mantuvo plenamente operativa durante el ataque del *Cryptolocker Wannacry* del año 2017.

26. SIC y SIGNO: Para utilizar todos nuestros aplicativos y a través de esa RENO, los Notarios utilizamos dos entornos: el primero es el Servicio de Intranet del Consejo General del Notariado (SIC). Es una intranet corporativa a la que se accede con nuestra firma electrónica, de acceso restringido al notario, con información de interés notarial, noticias, utilidades, etc.

27. El segundo es el Sistema Integrado de Gestión del Notariado (SIGNO), propiamente la Sede Electrónica. Es un entorno de trabajo de cada notario, ubicado en el servidor situado en cada notaría, al que se accede con nuestra firma electrónica y a través del cual se canalizan todas las actuaciones notariales tecnológicas que luego veremos. A ella tienen acceso tanto el notario como los empleados de notarías, todos ellos según los permisos que previamente haya dado el notario.

28. Firma electrónica: El eje para el acceso y uso de todos esos servicios es la Firma Electrónica Reconocida Notarial (FEREN), llegando a utilizar cerca de 30 millones de firmas electrónicas anuales.

29. Actualmente ya tenemos en uso la firma electrónica avanzada y cualificada en la nube, que nos permite eliminar la dependencia de los dispositivos físicos de creación de firma. Según nota de prensa del Consejo General del Notariado, éste es junto con la Dirección General de la Policía (DNI electrónico) la única entidad homologada en cumplimiento del Reglamento eIDAS que permite la firma electrónica cualificada en la nube.

30. ANCERT: En nuestro caso, la emisión y mantenimiento de nuestra firma y de la infraestructura anterior la realiza la Agencia Notarial de Certificación (ANCERT, nacida como Instituto Notarial para las Tecnologías de la Información, INTI, en el año 2002), autoridad de certificación cuyo socio único es el Consejo General del Notariado (y por tanto, todos los Notarios), que se constituye como Prestador de Servicios de Certificación.

31. Índice Único Informatizado (IUI): Los notarios, de cada una de las escrituras, actas y pólizas en las que se intervienen, debe pasar a formato electrónico sus datos más relevantes, generando una especie de ficha o expediente. El conjunto agregado de todas esas fichas o expedientes, se parametriza y estructura generando una gran base de datos (la segunda más grande de España) con todos los datos remitidos por todos los notarios de España. Es lo que denominamos “índice único informatizado”, que tiene el carácter de documento público y el Notario es responsable de su correspondencia y realidad.

II. El soporte papel y electrónico en la normativa notarial vigente

32. Volviendo a la normativa notarial, hemos concluido que las normas que tratan el soporte de los documentos notariales en nuestro ordenamiento jurídico son la Ley y el Reglamento Notarial, y lo cierto es que ambas presuponen que las escrituras matrices y sus copias se realizan en formato papel:

- a) El artículo 17 de la Ley dice que se entiende por protocolo la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año, y se formalizará en uno o más tomos encuadernados y foliados en letra.
- b) El artículo 25 de la Ley en su primer inciso dice que los instrumentos públicos (...) se escribirán con letra clara, sin abreviaturas y sin blancos. Matiza el artículo 151 que no se reputarán blancos los espacios que resulten al final de una línea cuando la siguiente empiece formando cláusula distinta, pero en este último caso deberá cubrirse el blanco con una línea de tinta.
- c) El artículo 26 de la Ley dice que serán nulas las adiciones, apostillas, entrerrenglonaduras, raspaduras y testados en las escrituras matrices. Matiza el artículo 152 del Reglamento que los interlineados deberán hacerse o salvarse siempre a mano, por el propio Notario.
- d) El artículo 155 del Reglamento, además de tratar los márgenes en blanco necesarios para notas y para encuadernar, dice que el número de líneas deberá ser el de veinte en la plana del sello y veinticuatro en las demás, a base de quince sílabas por línea aproximadamente.
- e) Los aranceles notariales todavía establecen la base de minutación en función de los folios de la actuación notarial. Por ejemplo, el Número 4.1 para los folios de las copias autorizadas, el 4.2 para los folios de las copias simples y el 7 para los folios de matriz.

33. Pero no sólo la normativa notarial parte de esa idea de que los documentos notariales se extienden en papel, también la normativa fiscal, concretamente el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

- a) El artículo 31.1, regula la cuota fija del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, obligando a que las matrices y las copias de las escrituras y actas notariales se extiendan en papel timbrado. Por eso, el artículo 154 del Reglamento notarial, en su primer inciso, dice que los instrumentos públicos, a excepción de las pólizas, se extenderán en el papel timbrado correspondiente.
- b) El artículo 31.2 regula la cuota gradual del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, sujetando a tributación las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos de Transmisiones Patrimoniales Onerosas u Operaciones Societarias.

34. Pese a esta lógica preferencia por el papel, lo cierto es que desde momentos muy tempranos tecnológica y legislativamente hablando, hubo avances importantes en materia de documento electrónico, concretamente desde la Ley 24/2001, que introduce como hemos visto la posibilidad de los instrumentos públicos y copias en soporte electrónico en el artículo 17 bis de la Ley Orgánica del Notariado. No obstante, además de remitirse a una futura reforma reglamentaria que no se ha llegado a producir, admite en la Disposición Transitoria Undécima que esta reforma quedaba en pausa hasta que los avances tecnológicos hicieran posible que la matriz se autorizara y se conservara en soporte electrónico, por lo que la regulación del documento público electrónico se entenderá aplicable exclusivamente a las copias electrónicas.

35. En consecuencia, lo único que entró en vigor fueron los números 3 y siguientes del artículo 17 bis, que son los que se ocupan de las copias electrónicas, reconociendo la procedencia del formato

electrónico tanto para las copias simples como para las autorizadas, estas últimas con la firma electrónica reconocida (hoy cualificada) del Notario que la expide.

36. La regulación de las copias electrónicas partió del principio de equivalencia de las mismas, aplicando *de facto* el principio de neutralidad tecnológica y jurídica que hoy en día vemos reconocido por ejemplo en la Directiva 2019/1151 de Digitalización de Derecho de Sociedades. Esto supuso que la normativo no estableció un régimen de prevalencia de las copias en papel sobre las electrónicas.

37. No obstante lo anterior, la regulación de las copias electrónicas llevó aparejada una serie de requisitos especiales, congruentes algunos con el formato electrónico, como son su circulación por un sistema tecnológico cerrado y seguro (SIGNO) que obliga a que sólo puedan expedirse para su remisión a otro Notario, a un registrador o a cualquier órgano judicial o de las Administraciones Públicas, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio; el sistema de traslado a papel y su reflejo en la Sección Primera del Libro Indicador; la limitación de efectos a la finalidad y destinatario para la que fueron expedidas; y la fijación de un plazo de validez de sesenta días a contar desde la fecha de su expedición, si bien este último inciso fue anulado en el año 2008 por el Tribunal Supremo.

38. No hay muchas más menciones a documentos electrónicos notariales en el Reglamento Notarial, más allá del depósito de soportes informáticos (artículo 216), la legitimación de firma electrónica (artículo 261), el traslado a soporte informático del Libro Indicador (artículo 264) o la regulación del índice único informatizado.

III. Evolución práctica del documento público notarial

39. Lo cierto es que durante estos años, desde 2001 a 2022, a grandes rasgos, podemos afirmar que no hemos avanzado nada en materia de matriz electrónica, y que hemos avanzado mucho asumiendo esta nueva realidad que marcó la Ley 24/2001 en materia de circulación de copias autorizadas y simples electrónicas entre Notarios, registradores y Administraciones Públicas.

40. A la vez, ha habido una serie de tímidos avances, sobre todo en los últimos años, con más o menos cobertura normativa, en otros puntos intermedios, que aisladamente no han supuesto una gran revolución, pero que tomados en consideración conjunta, permiten admitir que cierto tipo de documento electrónico notarial, o de comunicación de documentos notariales, se ha desarrollado de facto y de manera paralela a las disposiciones de la Ley y del Reglamento Notarial, que permita tener ya estudiados y solucionados algunos conceptos y problemas que se han manifestado durante estos años.

1. Depósito electrónico de los documentos que conforman la información precontractual

41. Una novedad importante ha sido el sistema de depósito electrónico de los documentos que conforman la información precontractual en materia hipotecaria, que trajo, indirectamente, la Ley 5/2019, de fecha 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Digo indirectamente porque la norma no exige que se protocolice en el acta de transparencia material la documentación precontractual, pero no conozco ningún Notario que, de una forma u otra, no custodie dicha documentación junto al acta.

42. Por supuesto, el notario puede trasladar a papel la documentación que recibe en formato electrónico, de modo que queda incorporada indudablemente al acta, y al acompañar a ésta, no hay límite temporal en la conservación de la misma. Esta actuación tiene varios inconvenientes, como el del coste de su conservación (siendo gratuita el acta) y el de que al convertirlo a papel, como ocurre con todos los documentos electrónicos, se pierden elementos importantes, como los metadatos de los mismos, incluida la posible firma electrónica de los prestatarios.

43. Por eso muchos compañeros nos hemos decantado por depositar los documentos en formato electrónico y vincularlos al acta que se autoriza, garantizándose la inalterabilidad de los mismos, lo cual tiene un coste de mantenimiento y conservación menor, y al archivarse exactamente el mismo archivo electrónico que se recibe, no se pierde la información importante que éste puede contener. Esta solución es reconocida expresamente por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2019 en su número 6, cuando dice admite la *“constitución, en el mismo acta gratuita, de un depósito de dicha documentación en el archivo del notario mediante un fichero electrónico identificado por su hash, de modo que se asegure la conservación del archivo electrónico y la posibilidad de comprobación y prueba fehaciente del contenido de dicho fichero, para la expedición de ulteriores copias del acta incorporando el documento depositado o su traslado a papel”*. Recordemos que, en otro contexto, el hash también se menciona en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de junio de 2019, en relación a la acreditación fehaciente de la fecha.

44. Lo trascendente de esta afirmación que la realiza la Dirección General es que introduce indirectamente una gran cantidad de avances en materia de documento público notarial. Concretamente:

- a) En materia de depósito electrónico, supera la dicción del artículo 216 del Reglamento Notarial que regula el depósito de soportes informáticos, y no de archivos informáticos, y además permite que sea el propio notario el depositante, a su elección y con objeto de cumplir de una manera más óptima su función pública.
- b) Reconoce la existencia de un “archivo del notario”, el cual no está regulado en su aspecto electrónico ni la Ley ni en el Reglamento Notarial de manera separada, aunque sí se menciona en algunos artículos, por ejemplo, en el artículo 32 de la Ley del Notariado, que esboza la composición del archivo como un conjunto de documentos que se hallan bajo la custodia por razón de su oficio. Indudablemente, este archivo electrónico del notario no puede considerarse, en sentido estricto, como protocolo electrónico, así como tampoco lo es el conjunto de borradores, escrituras matrices o base de datos de documentos que tenemos en nuestros ordenadores o servidores puesto que no tiene ni garantías, ni tratamiento adecuado ni compatibilidad para ser la base del protocolo electrónico. Esto no quita que su creciente importancia obligó al Notariado a regular su existencia y entrega en caso de vacante en la Circular 1/2004 y la 1/2008, que, actualmente sin duda debería incorporar los documentos electrónicos incorporados al archivo del notario.
- c) Utilización del hash para garantizar el contenido, integridad y autenticidad. Además, si se quiere añadir una capa mayor de seguridad (que incluso podría hacer que se prescindiera del hash independiente), se puede proceder a la firma electrónica del archivo con la FEREN del notario, con el bloqueo de escritura correspondiente y su sello de tiempo que, además de los efectos propios de la firma electrónica, no deja lugar a dudas de la fecha del depósito.

2. La remisión a particulares de copias simples electrónicas

45. Otra novedad importante ha sido la solución generada para el envío de copias simples electrónicas a particulares, también tras la Ley 5/2019, de fecha 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

46. Lo cierto es que la normativa en ningún momento ha prohibido que las copias simples circulen fuera de SIGNO y se remitan por el notario a los particulares directamente. De hecho, el artículo 110.2 de la Ley 24/2001 dice que podrán remitirse copias simples electrónicas a las entidades y personas interesadas cuando su identidad e interés legítimo le consten al notario, lo cual no dista mucho de las reglas generales de expedición de copias en papel.

47. El problema es que, reglamentariamente, no hay una regulación de cómo crear esa copia en soporte digital, firmarla electrónicamente y remitirla al particular interesado, ya que el último inciso del restrictivo artículo 224.4 del Reglamento Notarial solo dice que, en ese caso, se deberá utilizar un procedimiento tecnológico adecuado que garantice su confidencialidad hasta el destinatario.

48. Al no delimitar los requisitos de la copia simple electrónica ni tampoco el procedimiento tecnológico, ni tampoco poder realizarse desde SIGNO, la única forma de aplicar esa norma es entender que queda al arbitrio del notario elegir, bajo su responsabilidad, cuando un procedimiento es suficientemente seguro.

49. No ha sido hasta la llegada de la Ley 5/2019, de fecha 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario cuando hemos encontrado una respuesta con rango legislativo a esta materia, aunque sea con alcance limitado, puesto que únicamente da cobertura explícita a las comunicaciones que están en su ámbito de aplicación. Concretamente la Disposición Adicional Octava, exige que el notario remita telemáticamente al prestatario sin coste copia simple de la escritura de préstamo hipotecario, para lo cual en la escritura se hará constar una dirección de correo electrónico del prestatario.

50. La RDGRN de 16 de mayo de 2019 en consulta formulada por el CGN resuelve que la totalidad de las comunicaciones que debe efectuar el notario traen causa del ejercicio de una función pública que no puede exteriorizarse de cualquier forma, por lo que el notario debe emplear para dicha comunicación su firma electrónica cualificada y la plataforma regulada en la Ley 24/2001. Así lo ratifica la Circular del CGN 1/2019 de 24 de mayo y también la Nota informativa del CGN de 17 de junio de 2019. En consecuencia, la única forma posible de dar cumplimiento es mediante el envío de copia simple electrónica por medio del correo electrónico corporativo del notario, que firmará con su firma electrónica, cumpliendo así los requisitos de los artículos 108 a 110 de la Ley 24/2001.

3. La normativa administrativa

51. Finalmente, aunque la forma de los documentos notariales se regule en la Ley y en el Reglamento Notarial, lo cierto es que la normativa administrativa, al regular sus procedimientos propios, en ocasiones obvia la estricta categorización de instrumentos públicos notariales y los procedimientos internos de creación y circulación de documentos.

52. Un ejemplo relativamente reciente lo tenemos con las empresas que quieran inscribirse en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Calificadas del Sector Público (ROLECE), según lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Donde encontramos el problema no es en la norma, sino en el Manual de inscripción en ROLECE, que exige que la empresa presente en formato electrónico una “copia autenticada ante notario”, que esté firmada electrónicamente por el notario o lleve un código seguro de verificación.

53. Este procedimiento requeriría, que hubiera una definición de “copia autenticada”, que es un concepto administrativo que encontramos en la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común, que el notario pudiera firmar electrónicamente dicho documento fuera de SIGNO para remitirlo a la empresa por un medio seguro, o que de algún modo el documento lleve un CSV que permita su comprobación.

54. Por tanto, para buscar una solución al problema, se han tenido que forzar las categorías notariales de documentos electrónicos, siendo una especie de interesante experimento para la emisión de testimonios electrónicos circulados a particulares, debiendo necesariamente citar aquí el gran trabajo del Notario Carlos Higuera publicado en NotariAbierta, cuando dice que *“los testimonios tipificados van apareciendo (o desapareciendo) normativamente en las sucesivas reformas reglamentarias, casi siem-*

pre precedidos de una práctica notarial que, por interpretaciones evolutivas e integradoras, los han ido conformando”, por lo que “el propio desarrollo histórico evidencia el estiramiento de las modalidades de testimonios tradicionales para incluir en cada clase nuevos supuestos que surgen en la realidad social y que se incorporan -más o menos forzadamente- en cada uno de los tipos tradicionales”. Tras esa acertadísima visión, defiende claramente que la admisión de los testimonios electrónicos es posible, en base a la Ley 24/2001, al artículo 17 bis de la Ley del Notariado y a los artículos 3, 6 y 7 de la Ley de Firma Electrónica, a lo que yo modestamente añado el artículo 3 del Código Civil, de modo que las necesidades sociales ayuden a moldear, dentro de los límites más o menos amplios que la norma deje (como es el caso) el contenido y forma de los instrumentos públicos.

IV. Evolución teórica del documento electrónico notarial

55. Como vemos, la evolución práctica no ha parado. Pero lo cierto es que tampoco lo ha hecho la evolución teórica. Por ejemplo, en noviembre de 2016 se celebró precisamente en el Colegio Notarial de Sevilla el Congreso Tecnológico NotarTIC, en el que se trataron muchos aspectos tecnológicos de la función notarial, entre ellos la matriz electrónica, pudiendo escuchar conceptos tan disruptivos en ese momento como el de “matriz efímera”, “escritura dinámica” o remisiones a conceptos tan intrínsecamente europeos como el de interoperabilidad, en las ponencias de César Belda, Jorge Díaz Cadorniga y de quien suscribe. Rescato algunos conceptos que se comentaron entonces y que, en mi opinión, siguen plenamente vigentes hoy en día:

- a) Unidad supranotarial: el Notariado de hoy en día no puede ser observado como individuos aislados y reclusos en su despacho sin relación informática los unos con los otros. Por eso, toda actuación digital que se pretenda desarrollar debe incluir la idea de una unidad supranotarial, en la que cada notario mantenga su individualidad y sus criterios, pero trabajando en común con los demás.
- b) Servidor único y centralizado: podría ser conveniente trasladar cierta información que se genera en las Notarías a un único servidor centralizado, en que tendríamos ubicadas herramientas necesarias para el desarrollo íntegramente digital del documento notarial y un espacio de almacenamiento seguro a disposición del Notario para depósito de todo tipo de archivos informáticos. Debe ser la base para una efectiva interoperabilidad de las bases de datos notariales.
- c) Escritura pública electrónica: sólo puede ser un documento electrónico que se genera de manera exclusiva por un Notario, que es firmada electrónicamente por los comparecientes y por el Notario, que se almacena en formato electrónico y de la que se pueden expedir copias electrónicas o en papel. Esta definición está pensada para que el documento electrónico exista por sí mismo como matriz única, sin relación o réplica de papel, pero tampoco hay que excluir del todo esa posibilidad y considerarla una especie de copia de seguridad del papel o a la inversa. En este caso, deberíamos determinar claramente qué es matriz (el papel o el archivo) y qué es réplica, por si llegaran a existir discrepancias entre ellas.
- d) Pensar íntegramente en digital: Debería valorarse utilizar un nuevo tipo de lenguaje distinto del mero texto, como el lenguaje HTML o XML que permita la existencia de sellado en tiempo, gestión masiva de información, inclusión de archivos multimedia, mantenimiento de metadatos y la existencia de hipervínculos o enlaces internos (dentro de la propia matriz) o externos, ya sea dentro o fuera del sistema notarial (como otras escrituras, imágenes digitalizadas de los documentos de identificación, archivos electrónicos depositados, bases de datos, etc.). Este formato permitiría tener contenido estático e inmutable en la matriz digital, que sería exactamente la escritura y los documentos unidos tal y como estaban en el momento de la firma, pero también permitiría contenido dinámico, que sería el histórico de cada dato. Ello implicaría sustituir el concepto de “documento unido” por el de “documento enlazado”.

- e) **Gestión conjunta de datos:** es indudable que se debe trabajar con dato único, en su caso debidamente verificado mediante llamada a la base de datos oficial que corresponda (catastro, policía, etc.) y que se deben poder conocer sus distintas versiones. Por ejemplo, almacenar las sucesivas imágenes digitalizadas del Documento Nacional de Identidad de las personas. Todo ello permitiría además un cumplimiento optimizado de obligaciones individuales: podríamos cumplir como colectivo de manera más optimiza obligaciones como la de mantener la base de datos de los documentos de identidad o la identificación de titularidad real.

56. Y es que, como vemos, hablar de matriz electrónica casi nunca consiste en hablar simplemente de digitalizar un papel: normalmente, detrás de cada propuesta de protocolo electrónico existe una visión coherente, de conjunto y general del que el formato electrónico de la matriz es únicamente una parte. De hecho, algunas de estas cuestiones han ido ganando reconocimiento positivo tanto en Europa como en España.

- a) El anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia digital del servicio público de Justicia por ejemplo hizo suyo el principio general de orientación al dato, que implica que los sistemas de Justicia deben asegurar la entrada y tratamiento de información en forma de metadatos.
- b) La revisión del Reglamento eIDAS 910/2014 presentada el pasado 3 de junio de 2021 pone un énfasis especial en los servicios de confianza de gestión de atributos y de archivo electrónico de documentos.
- c) También hace suyo en materia de justicia el concepto de la interoperabilidad notarial en el artículo 93, que exige que el protocolo electrónico de las notarías garantice la accesibilidad y consulta, por medio de un protocolo de accesibilidad y consulta, que será único para toda la Administración de Justicia.
- d) En Europa se persigue el dato único en la iniciativa de la Comisión Europea “*The Once Only Principle*”, íntimamente relacionada con la Pasarela Digital Única Europea, que permitirá a las Administraciones Públicas reutilizar los datos que los ciudadanos hayan aportado, de modo que no sea necesario volver a pedir un dato que ya se ha presentado o justificado por el ciudadano ante otra Administración Pública. Este principio tiene reflejo positivo en España en el artículo 28.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuando dice que los interesados tienen derecho a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante o hayan sido elaborados por cualquier otra Administración.

V. Documentos notariales electrónicos

1. Introducción

57. Con estos antecedentes, podemos pasar a analizar la situación actual e inminente del protocolo electrónico, para lo cual dividiremos la exposición en dos partes: primero, la escritura matriz electrónica y segundo, las copias electrónicas.

58. Recordemos que hemos dicho anteriormente que el artículo 17 bis de la Ley Orgánica del Notariado estaba en pausa en relación al protocolo electrónico, pero no en relación a las copias. Actualmente, no parece que haya muchas dudas de que el marco tecnológico y social en que nos desenvolvemos ya es propicio al desarrollo normativo de la matriz electrónica.

59. Concretamente, la futura norma clave a la que nos debemos referir para analizar esta cuestión es el anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia digital del servicio **público de Justicia**, puesto que tiene por objeto habilitar la intervención telemática notarial dando cumplimiento así a lo previsto en la disposición final decimoprimer de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y

organizativas y permitiendo la trasposición de la Directiva 2019/1151 de 20 de junio de 2019, de Digitalización del Derecho de sociedades. En ambos casos, es lógico que la intervención telemática notarial lleve aparejada la regulación del protocolo electrónico, por lo que el APLED lleva incluida una profunda revisión de la Ley Orgánica del Notariado para permitir los documentos públicos notariales electrónicos en todos sus ámbitos.

60. No obstante, el trayecto legislativo de esta norma ha estado caracterizado por una serie de cambios de orientación, no tanto en materia de texto como en materia formal: del Anteproyecto comentado se desgajó la parte relativa a la intervención telemática notarial en el Anteproyecto de Ley por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, y por la que se modifica la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

61. Posteriormente, este texto incorporó la transposición de otras Directiva, y si bien dejó las mismas líneas maestras para la intervención telemática notarial, lo cierto es que sí introdujo algunos cambios. El texto, de 17 de noviembre de 2022, es el Proyecto de Ley de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos. Vamos a tomar como base para el análisis este texto, sin perjuicio de que pueda introducirse cambios o modificaciones en el proceso legislativo hasta su aprobación.

62. Es destacable que el propio Proyecto, como hacían los anteriores textos, consagran el concepto que hemos apuntado al inicio de Sede Electrónica Notarial, por ejemplo cuando introduce el siguiente texto en la reforma del artículo 17.3 de la Ley del Notariado: *“La sede electrónica notarial estará integrada en el Consejo General del Notariado, siendo general y única a nivel nacional, y correspondiéndole al mismo su titularidad, desarrollo, gestión y administración. Sus características técnicas serán comunicadas a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Deberá ser accesible y disponible para los ciudadanos a través de redes de comunicación seguras”*.

2. Matriz electrónica

A) Aplicación a todo tipo de instrumentos públicos

63. El artículo 17 bis 1 comienza refiriéndose a los instrumentos públicos que se refiere el artículo 17 de la Ley (por lo que incluirá tanto las escrituras matrices y actas, pólizas, copias, testimonios, legitimaciones y legalizaciones), admitiendo para todos el soporte electrónico y la firma también electrónica de notario e intervinientes.

64. Esta afirmación se ratifica en la reforma puesto que se refiere no solo al protocolo electrónico, sino también al libro registro electrónico. Sin embargo, no menciona el Libro Indicador, pero entendemos que la reforma de éste debe necesariamente implicar que su llevanza pueda ser electrónica ab initio, sin necesidad de esperar el plazo de un año que marca el artículo 264 del Reglamento Notarial.

65. En ese sentido, el artículo 34 del Proyecto modifica el artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Notariado para decir ahora que *“Las matrices de los instrumentos públicos tendrán igualmente reflejo informático en el correspondiente protocolo electrónico bajo la fe del notario. La incorporación al protocolo electrónico o libro registro de operaciones electrónico se producirá en cada caso con la autorización o intervención de la escritura pública o póliza, de lo que se dejará constancia mediante diligencia en la matriz en papel expresiva de su traslado informático. Los instrumentos incorporados*

al protocolo electrónico se considerarán asimismo originales o matrices. En caso de contradicción entre el contenido de la matriz en soporte papel y del protocolo electrónico prevalecerá el contenido de aquella sobre el de este. Corresponde al Consejo General del Notariado la adopción de las medidas técnicas que garanticen la integridad, indemnidad y no manipulación de ese protocolo electrónico. Tales medidas serán comunicadas a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que podrá ordenar su modificación o adaptación de considerarlas inadecuadas”.

66. El protocolo electrónico no altera ni la titularidad ni el modo de conservación del mismo, ya que el artículo 36 de la Ley Orgánica del Notariado es modificado para dejar claro que los protocolos, cualquiera que sea su naturaleza material o electrónica, pertenecen al Estado y que los Notarios los conservarán, con arreglo a las leyes, como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad. Además, el artículo 37 añade una previsión para la remisión de los ficheros relativos al protocolo en soporte electrónico transcurridos veinticinco años a los Archivos Generales de Protocolos de cada Colegio, y el artículo 38 mantiene la obligación al quedar vacante de una Notaría, o de inhabilitación o incapacidad de un Notario, de entregar la custodia los protocolos, cualquiera que sea su naturaleza material o electrónica.

67. En ese sentido, el Proyecto añade en el ya citado artículo 17.2 una importante regla de conservación del protocolo electrónico, observación que se introduce en esta versión del texto y que no existía en los proyectos previos: *“El protocolo electrónico se custodiará por el notario que esté a cargo de su conservación mediante su depósito electrónico en el Consejo General del Notariado. Dicho depósito electrónico se efectuará encriptando su contenido, pudiendo acceder al mismo exclusivamente el notario custodio del protocolo titular de las claves de encriptación. Las medidas de encriptación y conservación íntegra que permita la legibilidad de su contenido, con independencia del cambio de soporte electrónico, serán adoptadas por el Consejo General del Notariado que las comunicará para su aprobación a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública”.*

B) Desarrollo reglamentario técnico

68. El artículo 17 bis 2 se remite al desarrollo reglamentario tanto para los requisitos de autorización electrónica como para los de conservación del instrumento público. Por tanto, la intervención del legislador en la Ley Orgánica del Notariado no parece que deba ser amplio, sino que debe limitarse a aquellas cuestiones que por su naturaleza pueden exigir norma con rango legal, dejando para el desarrollo reglamentario las cuestiones de detalle.

69. De hecho, la regulación del Proyecto es genérica y poco detallada, entendiendo que los detalles que afectan a la actuación notarial, y que son muchos, se desarrollarán por una parte mediante una gran modificación del Reglamento Notarial, por imperativo del artículo 17.2 ya comentado, y por otra por acuerdo del Consejo General del Notariado comunicado a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, por disposición del nuevo artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Notariado. A ese desarrollo normativo por ejemplo se remite el nuevo artículo 43.2.A.i de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, al tipificar como infracción la autorización de cualquier instrumento público por videoconferencia sin observar los requisitos establecidos al efecto en la Ley del Notariado y en sus disposiciones de desarrollo.

C) Mantenimiento de los principios fundamentales la función notarial

76. Por supuesto, en un ejercicio claro del principio de neutralidad tecnológica que encontramos por ejemplo en la Directiva 2019/1151 de 20 de junio de 2019, de Digitalización del Derecho de sociedades, el artículo 17 bis 2 admite que, con independencia del soporte electrónico, el Notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el

consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes. También admite que sus efectos deben ser exactamente los mismos que los autorizados en papel, por lo que también gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con esta u otras leyes.

77. En el mismo sentido se manifiesta el Decálogo para las escrituras notariales con comparecencia en línea de la Unión Internacional del Notariado de diciembre de 2021, al decir que *“La tecnología debe ser una herramienta al servicio del notario en el cumplimiento de sus obligaciones en el ejercicio de la función pública notarial, al identificar al requirente, calificar su capacidad y discernimiento y controlar la ausencia de vicios del consentimiento y legitimarlo en su accionar. (...) La escritura pública configurada por medios digitales no modifica en nada las calidades de la escritura pública en soporte papel”*.

D) Reflejo informático

78. El Proyecto establece un sistema de protocolo electrónico basado en lo que denomina la incorporación de lo que llama “reflejo informático” o “traslado informático” de las matrices de los instrumentos públicos en el protocolo electrónico o libro registro. Sería conveniente que en el trámite parlamentario de la norma se puliera la terminología a emplear, puesto que si utilizamos el concepto de “reflejo informático”, puede llevar a confusión la utilización de conceptos aparentemente sinónimos, como el de “traslado informático”, que, además, puede tener una connotación especial y llevar a equívoco con los traslados de pólizas.

79. Implícitamente se está fijando una matriz que podemos denominar principal, que es la matriz en papel, y un reflejo en soporte electrónico de ésta, que será la matriz digamos secundaria. El proyecto de reforma por tanto establece la unidireccionalidad en la conversión, de modo que la matriz en papel va a generar una matriz electrónica, pero no a la inversa. Esta cuestión es especialmente relevante, por cuanto una de las bases principales de la reforma legislativa es, precisamente, el otorgamiento en línea de documentos notariales, lo que presupone que el producto de ese otorgamiento sea una matriz directamente informática o, dicho de otro modo, que el reflejo sea en este caso lo principal. Por eso, en mi opinión, el proyecto debería haber partido de la idea de bidireccionalidad, y establecer como matriz “principal” en cada caso, la que firme el notario y los otorgantes, siendo la matriz “secundaria” aquella que el notario refleja informáticamente o, al contrario, aquella que el notario traslada a papel.

80. Debido a esta coexistencia entre soporte papel y digital, el protocolo electrónico se configura como complementario del protocolo físico, cuyas características técnicas para garantizar la integridad, indemnidad y no manipulación, serán objeto de desarrollo por el Consejo General del Notariado y comunicadas a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que podrá ordenar su modificación o adaptación de considerarlas inadecuadas.

81. La relación entre matrices queda fijada porque el notario deberá extender diligencia en la matriz (entendemos que en papel) que expresará que el notario ha procedido, bajo su fe y responsabilidad, a obtener su reflejo informático en soporte técnicamente admitido e incorporarlo al protocolo electrónico, debiendo lógicamente incorporar en esa diligencia los datos identificadores de la matriz electrónica que permitan establecer la relación entre ambas.

82. No obstante, el valor que el Proyecto le atribuye a los documentos electrónicos incorporados, es el de “originales”, por lo que hay una absoluta equivalencia funcional y de efectos entre la matriz en papel y la electrónica. Es importante esta conceptualización como “original”, porque la Norma Técnica de Interoperabilidad relativa a los procedimientos de copiado auténtico y conversión entre documentos electrónicos, que desarrolla el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el

Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, contempla tres grados de perfección de un documento: Borrador (que son las diferentes versiones previas a la versión definitiva validada), original (que es un documento definitivo, genuino, que se remonta a su autor, que ha sido validado por éste y que es eficaz por sí mismo) y copia (que es un nuevo documento, reproducción del original, y con diferentes grados de perfección, en relación con su finalidad y con su aproximación al original). En consecuencia, la matriz electrónica no es una mera copia, sino el original del documento notarial, como ahora lo es el documento en papel.

83. Lógicamente, si el notario ha procedido al reflejo informático correctamente, ambas matrices tendrán el mismo contenido, pero no hubiera estado de más establecer unas reglas básicas de prelación entre ambas en caso de discrepancia, o en caso de que a una de ellas se le incorporen notas que no se reflejen en la otra.

84. Por ejemplo, en el protocolo electrónico (no en el protocolo en papel), el Proyecto prevé que se hagan constar por el notario dos tipos de notas, que denomina de “modificación jurídica” y de “coordinación” con otros instrumentos públicos autorizados o intervenidos tanto por el Notario titular del protocolo como por otros Notarios respecto de aquellas escrituras o pólizas que rectifiquen las anteriores, que se practicará en el mismo día o en inmediato hábil posterior en que se haya realizado la comunicación por el otro notario por medio de la sede electrónica notarial.

85. Lo que no modifica este artículo, pese a que pueda parecerlo a primera vista, es que únicamente el notario titular del protocolo puede extender dichas notas, de ahí que se prevea una regulación del modo de practicar dichas comunicaciones, habilitándose al Consejo General del Notariado para la adopción de las medidas técnicas necesarias. A la misma conclusión llegamos respecto de las comunicaciones recibidas de las autoridades judiciales o administrativas atinentes a resoluciones, hechos o actos jurídicos que deban consignarse en el instrumento público.

86. Estas notas no dejan de ser una versión para el protocolo electrónico de las actuales notas que regula el artículo 178 del Reglamento Notarial y se incorporan al protocolo físico cuando hay por ejemplo una ratificación o subsanación. Quedará por ver si la extensión de éstas en el protocolo electrónico es exigida además, o en vez de, la extensión de las mismas en el protocolo físico. Si se opta, como parece más lógico, porque sólo existan en uno de los protocolos, que será el electrónico, ya vamos a encontrar una divergencia de contenido a favor precisamente del protocolo electrónico, que será el único completo y verdaderamente evolutivo.

87. Otra cuestión importante en relación a estas notas es que el otorgante podrá acceder a su contenido por medio del CSV que incorporará la copia electrónica, como luego veremos.

88. La solución a la que se llega con las notas es la misma a la que se llega con las diligencias y notas que no requieran comparecencia de los interesados, como las de expedición de copia, por ejemplo. No obstante, en los casos en los que las notas o diligencias implican comparecencia de los interesados, la solución es distinta, puesto que la reforma del Proyecto prevé que se extiendan en la matriz originaria, siendo trasladadas posteriormente al protocolo informático del mismo modo que se trasladó el otorgamiento de la matriz. Nos encontramos de nuevo con el problema de los diferentes medios en que pueden extenderse las diligencias, puesto que la comparecencia de los interesados, una vez entre en vigor la reforma del Proyecto no sólo será física, sino también en línea, lo que puede implicar que en un mismo instrumento, parte de las actuaciones se realicen por comparecencia en línea y parte por comparecencia física, y, para complicarlo un poco más, que no todas se hagan a la vez, lo que implicará, por ejemplo, una matriz extendida en un formato que se complete con diligencias, ratificaciones o subsanaciones posteriores practicadas en otro formato. De nuevo, entendemos que es más lógico establecer una bidireccionalidad entre formatos, si lo que se pretende es tener dos protocolos íntegros y relacionados.

E) Autorización a través de videoconferencia

89. Finalmente, debemos analizar qué tipo de documentos son los que van a ser susceptibles de trasladarse al formato de otorgamiento electrónico, entendiendo que en una primera fase va a ser todos aquellos que permitan el otorgamiento a distancia por medio de videoconferencia, que son los que se introducen en la reforma que opera el Proyecto en el nuevo artículo 17 ter:

“a) Las pólizas mercantiles. En este caso, la remisión de la póliza por la entidad de crédito a la sede electrónica notarial, implicará su consentimiento al negocio documentado, salvo que en el texto de la póliza se dispusiere lo contrario.

b) La constitución de sociedades, nombramientos y apoderamientos mercantiles de toda clase previstos en la legislación mercantil, así como el otorgamiento de cualquier otro acto societario, siempre que en caso de contener aportaciones de los socios al capital social sean dinerarias.

c) Los poderes de representación procesal, para la actuación ante las administraciones públicas, así como los electorales, y los poderes para actos concretos. No será posible la autorización por videoconferencia de poderes generales o preventivos.

d) La revocación de poderes, excepto los preventivos.

e) Las cartas de pago y las cancelaciones de garantías.

f) Las actas de junta general y las de referencia en sentido estricto.

g) Los testimonios de legitimación de firmas.

h) Los testamentos en situación de epidemia declarada mientras dure la obligación de confinamiento.

i) Las declaraciones de obra nueva sin extinción de condominio, ni adjudicación de propiedad, y división de la propiedad horizontal.

j) Aquellos actos y negocios jurídicos para los que, conforme a su naturaleza, se establezca reglamentariamente.”

VI. Copias electrónicas

90. Las modificaciones que introduce el Proyecto en materia de copias electrónicas van en las siguientes direcciones.

- a) En primer lugar, abrir la posibilidad de expedición y remisión de copias electrónicas a cualquier persona con interés legítimo. El artículo 17 bis 3 queda modificado para admitir que el notario pueda expedir copias autorizadas con su firma electrónica cualificada bajo las mismas condiciones que las copias en papel, con la indicación al pie de copia del destinatario, previa comprobación de su interés legítimo. Lógicamente, si puede expedir copias autorizadas, también podrá expedir copias simples.

Según la Norma Técnica de Interoperabilidad a la que antes nos hemos referido, la relación entre la copia electrónica auténtica y el documento origen se reflejará en los metadatos del documento electrónico a través del metadato *“Identificador del documento origen”* que tomará el valor del identificador de aquél y deberá tener una firma electrónica que avale su autenticidad.

- b) En segundo lugar, la posibilidad de solicitud de copia mediante comparecencia electrónica. El último párrafo del artículo 23 de la Ley Orgánica del Notariado reconoce que cualquier interesado podrá comparecer electrónicamente en la sede electrónica notarial para solicitar que se le expida copia simple o autorizada previa apreciación de su interés.
- c) En tercer lugar, reconocer un medio seguro para su remisión. Hasta ahora las copias electrónicas solo podían remitirse utilizando los sistemas seguros que comprende SIGNO. Dicho sistema se mantiene para las relaciones ya consolidadas con otros notarios, registros y administraciones públicas.

Para las nuevas funcionalidades de expedición y remisión de copias electrónicas a particulares se reconoce expresamente el medio seguro de la sede electrónica notarial, en su vertiente externa, que es el Portal Notarial del Ciudadano, tal y como admite el artículo 17 bis 3 de la Ley Orgánica del Notariado.

Desde el punto de vista externo, pero en el ámbito europeo, debemos mencionar el proyecto EUDoc, creado conjuntamente por el *Bundesnotarkammer* alemán y el Consejo General del Notariado español, y desarrollado íntegramente por ANCERT, con la clara voluntad de ser una plataforma europea que pueda permitir por un lado, el intercambio seguro de documentos electrónicos entre notarios europeos; por otro lado, una herramienta para la verificación de firmas electrónicas cualificadas notariales, incluido el atributo de notario del firmante; y finalmente, la interconexión directa entre notarios europeos a través de salas privadas de videoconferencia con capacidad para hasta 20 participantes.

- d) En cuarto lugar, incluir en las copias electrónicas autorizadas (no parece previsto para las simples) un Código Seguro de Verificación, según la modificación que del artículo 31 de la Ley Orgánica del Notariado hace el Proyecto. Dicho Código Seguro de Verificación:

“Se generará por el Consejo General del Notariado y será individualizado para cada escritura matriz, acta o póliza, lo cual implica que el Código no va a ser único e irreplicable para cada copia que se expida, sino a cada matriz, por lo que el CSV no va a implicar un cotejo de la copia electrónica con la imagen de la copia que esté custodiada en la Sede Electrónica Notarial, sino que lo que va a proveer es de un cotejo directo de la copia electrónica que tiene el interesado con la matriz.

Por ello, el CSV va a ser el medio por el cual el interesado podrá conocer no sólo el contenido del documento, sino las notas ulteriores de modificación jurídica y de coordinación con otros instrumentos públicos.

Este sistema, conceptualmente, supone la exclusión de su aplicación tanto de las copias simples con valor meramente informativo (el artículo 31 solo menciona las copias autorizadas electrónicas) y también la exclusión de otros documentos electrónicos notariales que también circulan en el tráfico y que podrían beneficiarse enormemente de este sistema, como los testimonios: al no tener dichos documentos matriz, y si el CSV se ha de referir a ésta, y no al documento que circula, no cabe cotejo en la Sede Electrónica Notarial”.

91. Finalmente, el artículo 31.4, en su inciso final, parece crear un *tertium genus* entre la matriz y la copia, lo que denomina “traslado informativo” de la escritura, acta o póliza, que incluirá el código seguro de verificación y que se remitirá, en todo caso, a través de la sede electrónica notarial.

92. Estos traslados participan de la naturaleza de las copias simples electrónicas, en el sentido de su valor meramente informativo, pero a la vez incluyen CSV y permite el cotejo con la matriz, lo que indudablemente los acerca a la copia autorizada.

93. No obstante, podemos encontrar un equivalente de este documento en la Norma Técnica de Interoperabilidad a la que antes nos hemos referido, puesto que esta norma distingue entre copia auténtica, que tiene valor probatorio pleno porque equivale al documento original (este sería el efecto que generaría una copia autorizada electrónica notarial) y el proceso de consulta del original a través de la habilitación de un acceso en la sede electrónica (este sería el efecto del traslado informativo, que no podría utilizarse como copia).

VII. Conclusión: existen ventajas y inconvenientes

94. El protocolo electrónico, del mismo modo que la videoconferencia notarial, ya no son opciones sobre las que podemos teorizar, puesto que su desembarco en el ordenamiento jurídico español es inminente, por lo que nos queda realizar una aproximación crítica, pero abierta, que nos permita centrarnos en sus ventajas y minimizar sus inconvenientes. Con matices, lo cierto es que podemos rescatar algunas de las afirmaciones que se hicieron en el año 2016 en NotarTIC.

95. Entre las ventajas o innovaciones, podríamos enunciar que en una matriz firmada electrónicamente, el otorgante podría firmar únicamente al final, o podría ir prestando consentimientos individualizados para puntos clave de la escritura, al menos para los que suponen una manifestación expresa del mismo, los que implican que ha tenido conocimiento de una advertencia hecha por el Notario o por la otra parte, el consentimiento al tratamiento de datos, o los que el Notario entendiera que son especialmente recomendables. Por ejemplo, también permitiría sellar en tiempo todos y cada uno de los momentos de la escritura, especialmente el inicio de su lectura y la firma de la misma.

96. Entre los inconvenientes, que los habrá, podemos destacar:

- a) El de la seguridad informática, con la idea de que ningún sistema de almacenamiento es inmune. Pero este es un inconveniente de difícil defensa cuando la mayoría de los datos y documentos administrativos de los ciudadanos son accesibles on line y cuando la tendencia al documento electrónico es un hecho en España y en Europa.
- b) El problema del coste de mantenimiento del sistema es otro de sus grandes inconvenientes, concretamente el mantener constantemente funcionando el mismo, la encriptación, las copias de seguridad o la protección de datos. Pero también hay que tener en cuenta qué dejamos de costear: la encuadernación anual, los costes de impresión, los de alquileres de locales para almacenaje de protocolos antiguos, los de mantenimiento de los mismos, etc.
- c) También lo es el de la adaptación de los soportes o formatos para garantizar la retrocompatibilidad, pero no es más problema que el que cualquier empresa o administración pública que guarde datos en la nube o en servidores propios. La solución no puede distar mucho de la que se incluye en la política de gestión de documentos electrónicos en la Norma Técnica de Interoperabilidad a la que antes nos hemos referido, que admite la existencia y el carácter óptimo para la conservación documental de métodos como la conversión y la migración, la emulación, el refresco y la replicación, entre otros. Pese a ello, admite que en este momento ninguno de estos métodos garantiza totalmente una óptima conservación a largo plazo, por lo que exige que las organizaciones adopten una estrategia de conservación digital sometida a auditoría, en la que se describan los procedimientos orientados a la conservación de sus documentos electrónicos. Estos procedimientos incluyen sistemas de copia, operaciones concretas orientadas a la conservación de los documentos electrónicos y la funcionalidad de los repositorios, así como la conversión de formatos analógicos a digitales y viceversa y la conversión de formatos por obsolescencia tecnológica.
- d) Finalmente, no podemos dejar de comentar la Propuesta de revisión del Reglamento eIDAS, publicada el 3 de junio de 2021 y en pleno proceso legislativo en la Unión Europea, puesto que la conservación de documentos electrónicos se va a convertir en un servicio de confianza electrónica: el Considerando 33 admite la existencia ya en muchos Estados miembros de servicios de archivo digital seguros y fiables cuyo objetivo es posibilitar la conservación de documentos electrónicos durante largos períodos. Para ello, crea un servicio cualificado de confianza de archivo electrónico en el artículo 45 octies cuyo rasgo fundamental es la utilización de procedimientos y tecnologías capaces de ampliar la fiabilidad del documento electrónico más allá del período de validez tecnológico.

Recognition of a status acquired abroad: Sweden

Reconocimiento de una situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada o modificada en el extranjero: Suecia

LAIMA VAIGE

Senior lecturer in law

Örebro University, Sweden

ORCID ID: 0000-0002-3938-3657

Recibido:06.09.2022 / Aceptado:22.12.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7589

Abstract: This report addresses questions of civil status recognition in Sweden, the main legal developments and case-law related to the recognition of a civil status. The ECHR and CJEU case law influenced the case-law some extent, especially in relation to cross-border recognition of names and surrogacy arrangements. Meanwhile, autonomous private international law on recognition of marriages prefers substantive Swedish law and protects the Swedish approach to children's rights and gender equality.

Keywords: Status acquired abroad, cross-border recognition of status, marriage recognition, international name law, Swedish private international law.

Resumen: En algunas materias relacionadas con el estatuto de la persona, la jurisprudencia del TJUE y del TEDH ha fomentado el reconocimiento por parte de los Estados de las situaciones jurídicas válidamente creadas o modificadas en otros Estados. Esta jurisprudencia ha cambiado y está cambiando la metodología y práctica propias del Derecho internacional privado de producción interna. Este trabajo analiza los efectos de esta jurisprudencia europea sobre el Derecho internacional privado sueco cuando este se enfrenta a una situación jurídica relacionada con el estatuto de la persona que ha sido válidamente creada en el extranjero y que se quiere hacer valer en Suecia.

Palabras clave: Estatuto personal, Ley personal, reconocimiento, situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada en el extranjero, Derecho internacional privado sueco.

Sumario: I. General issues. II. Awareness of cross-border recognition in Sweden. III. Methodology of cross-border recognition in Sweden. IV. Formal and material requirements for recognition. V. Rules on non-recognition. VI. Ordre public. VII. Recognition of effects. VIII. Other issues of cross-border recognition. IX. Key arguments for recognition of non-recognition of the status.

*This national report forms part of a comparative law research project which started in 2018. Preliminary results were presented and discussed at an internal meeting in Würzburg in spring 2019, at the JPIL conference 2019 in Munich and at the online conference "La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne" in autumn 2020. The overall comparative analysis, results and discussion are published in S. GÖSSL / M. MELCHER, "Recognition of a Status Acquired Abroad in the EU – A Challenge For National Laws", Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 14, n. 1, 2022.

I. General Issues

1. Legally significant changes have been introduced in Sweden in relation to cross-border recognition of a family status. For instance, since 2019 underage marriages are refused recognition in Sweden.¹ This applies regardless of whether there was any connection to Sweden, and whether the couple had concluded the marriage in another EU Member State. After an official investigation on polygamous marriages,² a broad provision on *non-recognition* of all marriages that *could not be concluded in Sweden* was introduced as a *general rule* from 1 July 2021.³ Currently the provision⁴ is formulated strictly and presents a clear preference for Swedish substantive law, unless there are “special reasons” to recognize the marriage that could not had been concluded under Swedish law and provided that the said marriage was not an underage marriage.

2. In other instances, new possibilities for cross-border recognition of civil status were allowed. For example, new rules allowing easier cross-border recognition of parenthood apply from January 2019,⁵ and from January 2022.⁶ As a general rule, there is still no possibility to recognize surrogacy arrangements concluded abroad and the status of parenthood in situations involving surrogacy. Nevertheless, an important case on a surrogacy arrangement, which had been concluded in the USA, was analysed by the Supreme Court of Sweden in 2019. The said case serves as a *precedent*. It was positive to the cross-border recognition of the child’s relation to the intended mother, as established abroad. The case is discussed further in this paper, see paras 39-40.

3. Considering that cross-border recognition of civil status could include a wide variety of topics and methods, the paper focuses mainly on cross-border recognition of personal civil status in the area of family law. It relates to the more recent and relevant changes. I also discuss cross-border recognition in closely related areas, where the EU law or case-law of the supranational European courts may have had an impact. Finally, I review the key arguments used for recognition or non-recognition of the civil status in the area of family law, from the perspective of Sweden.

II. Awareness of Cross-Border Recognition of Status in Sweden

4. There is a high awareness of the issue in Sweden, in particular as regards cross-border recognition of family status. L. Pålsson has written on limping family status since the 1960ies⁷ and is acknowledged internationally for his work. Major textbooks mention status recognition even though they are not necessarily using this term. There are many articles on specific topics. For instance, M. Jänterä-Jareborg has analysed the problems of recognition of child marriages,⁸ marriages under Sharia, and same-sex marriages.⁹ M. Bogdan has written on same-sex marriages and registered partnerships.¹⁰ M. Sayed on recog-

¹ Act (1904:26 s.1) on Certain International Legal Relationships in Respect of Marriage and Guardianship (Lag om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap). Changed by SFS 2018:1973 and SFS 2021:465.

² SOU 2020:2. Stricter rules on foreign polygamous marriages (Skärpta regler om utländska månggiften).

³ SFS 2021:465 Act on amending the Act (1904:26 s. 1)

⁴ Act (1904:26 s.1), 1 chap. 8 § (1).

⁵ SFS 2018:1280 Act amending the Act (1985:367) on international paternity questions.

⁶ SFS 2021:528, Act (2021:528) amending the Parenthood Act (föräldrabalken).

⁷ L. PÅLSSON, *Haltande äktenskap och skilsmässor*. Komparativa studier över internationellt privaträttsligaproblem beträffande äktenskap och skilsmässor med territoriellt begränsad giltighet, Norstedt, Stockholm, 1966. L. PÅLSSON, *Marriage and Divorce in Comparative Conflict of Laws*, Leiden, 1974.

⁸ M. JÄNTERÄ-JAREBORG, Non-Recognition of Child Marriages: Sacrificing the Global for the Local in the Aftermath of the 2015 ‘Refugee Crisis’. In G. Douglas, M. Murch, V. Stephens, *International and National Perspectives on Child and Family Law*, Essays in Honour of Nigel Lowe, Intersentia, 2018: 267-282.

⁹ M. JÄNTERÄ-JAREBORG, The Incidental Question of Private International Law, Formalised Same-Sex Relationships and Muslim Marriages. In Patrik Lindskoug, Ulf Maunsbach, Göran Millqvist (ed.) *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Lund: Juristförlaget, Lund, 2013: 149-164.

¹⁰ M. BOGDAN, “Registered partnerships and EC Law.” In *Legal recognition of same-sex couples in Europe*, Intersentia,

dition of *kefala* under Islamic law,¹¹ and surrogacy arrangements were analysed by J. Stoll.¹² Cross-border recognition of civil status has once again become a debated political issue in Sweden during the last few years, in particular regarding the hot topics on cross-border *non-recognition* of child marriages, polygamous marriages and surrogacy arrangements. Non-recognition is envisioned as the general rule in all of these cases, in order to protect the Swedish approach to children's rights and to gender equality.

5. Academic articles and overviews of the status quo by legal commentators appeared in the media, following the political debate on national values. They focused on cross-border recognition of child marriages¹³ and parenthood. The modernized rules allow broader possibilities of recognition of parenthood¹⁴ and no possibilities to recognize child marriages, even if they originate from an EU Member state. The academics and even the Council of Legislation (Lagrådet) were critical on the latter proposal, as well as on the legal changes of 2021 in order to refuse recognition of polygamous marriages. The Council of Legislation is the institution in Sweden that has the task to scrutinize the proposals for legislation and advise the Parliament and the Government on the contents of the proposals.¹⁵ The function of the Council of Legislation is that of a recommendatory *a priori* constitutional review. Regardless of the Council's critical opinion and refusal to support the legislative amendment,¹⁶ the Parliament adopted the proposed blanket non-recognition rule.

6. The courts in Sweden tend to take into consideration the case practice of the ECJ and ECtHR.¹⁷ The conclusion of M. Bogdan and U. Maunsbach after an analysis of court practice of Swedish courts was that "Swedish courts seem to follow obediently the CJEU case law in close relation to the wording of the judgments."¹⁸ In my opinion, this "obedient following" means that the Swedish solution is to follow the case law but not to go beyond what is really required. This reserved and careful approach applies especially when the Swedish law is based on different underlying ideas than the ideas of the European supranational court decisions or the ideology reflected in the foreign law. In general, the reforms in Sweden in this area could be claimed as slightly endorsing a *lex fori* approach.¹⁹ In recent years, the preference for the *lex fori* in this area has gradually increased.

III. Methodology of Cross-Border Recognition in Sweden

7. The precise methodology depends on the civil status and the legal situation in question, as well as the decision-making authority. Different sets of rules will apply in case of marriage, parenthood, name, and so on.

2003. M. BOGDAN, "Private International Law Aspects of the Introduction of Same-Sex Marriages in Sweden," *Nordic Journal of International Law* 78 (2009) 253-261.

¹¹ M. SAYED, *The Kafala of Islamic Law: How to Approach it in the West*. In Patrik Lindskoug, Ulf Maunsbach, Göran Millqvist (red.) *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Lund: Juristförlaget, Lund, 2013: 507-520.

¹² Mostly from substantive/domestic and comparative perspective, see J. STOLL, *Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood: Swedish Law in a Comparative Context*. Dissertation, Uppsala University, 2013.

¹³ Please see, in English, M. JÄNTERÄ-JAREBORG, "Sweden: New rules on non-recognition of underage marriages," 6 February 2019, <http://conflictoflaws.net/2019/sweden-new-rules-on-non-recognition-of-underage-marriages/>

¹⁴ Provided that the child's right to know his/her origin will be adequately ensured (i.e. not in case of private/anonymous donations but in State supported systems of assisted reproductive technology).

¹⁵ Act on Council of Legislation (Lag (2003:333) om Lagrådet).

¹⁶ For a full reasoning on non-recognition of child marriages by the Lagrådet (2018), see (in Swedish) <https://www.lagradet.se/wp-content/uploads/lagradet-attachments/Forbud%20mot%20erkannande%20av%20utlandska%20barnaktenskap.pdf>

¹⁷ For instance, see M. BOGDAN, *Svensk och EU-domstolens rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2013-2014*, in SVJT, 2015: 573-623.

¹⁸ M. BOGDAN and U. MAUNSBACH, "Sweden", In *Cross-Border Litigation in Europe*, Studies in Private International Law (eds. Beaumont, Danov Trimmings and Yüksel), Hart, 2017: 453-461.

¹⁹ For instance, see M. JÄNTERÄ-JAREBORG, "The Incidental Question of Private International Law, Formalised Same-Sex Relationships and Muslim Marriages", In Patrik Lindskoug, Ulf Maunsbach, Göran Millqvist (ed.) *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Lund: Juristförlaget, Lund, 2013: p. 156. M. BOGDAN and U. MAUNSBACH, p. 461.

III.1. Recognition by Court Judgments

III.1.1. Key Principle

8. The starting point of the Swedish approach is that foreign court judgments have no legal force in Sweden, save for the exceptions provided under EU law. In addition, court judgments originating from outside of the EU can also be recognized, only if there is a clear *legal basis* in Swedish law. Nuanced legal rules provide for cross-border recognition of court decisions in different areas, including those that relate to civil status. The “procedural” method of recognition is the most relevant for the recognition of civil status effects in family law and other areas of law. Being able to dissolve marriage by divorce or to receive spousal maintenance are examples of the said legal effects. If the court judgment is not recognized directly in Sweden, the case may be reviewed anew in its substance, and the foreign judgment used by discretion, if at all.

III.1.2. Confirmation by State Authority

9. According to the case law, the said decision can even include a private divorce, providing that a state authority *confirmed* the said decision in some form.²⁰ In this precedent decided in 2013, the Supreme Court acknowledged a Bengali divorce by repudiation (*talaq*). However, repudiation of wives by husbands, without providing the same opportunity to both genders, conflicts with the principle of gender equality.²¹ The decision was met somewhat critically. It is particularly questionable whether private divorces by *talaq* or a Catholic marriage annulment should be recognized, considering that the supranational European court decisions lead to the opposite direction, i.e. non-recognition of such statuses.²² Even though the Swedish court pointed to the confirmation by a state authority of a non-European country, the recognition of status is still the question to be decided by the Swedish court. Hence the Swedish authorities have the responsibility of checking whether the human rights of the persons involved were not infringed by the conclusion or dissolution of the status.

III.1.3. Foreign Decisions on Status are Exceptional

10. Another important thing to note is that although the rule is that recognition by court judgments requires a legal basis, in accordance with the Supreme Court of Sweden, civil status decisions (*statusdomar*) are considered special. They relate to the very *identity* of persons. Therefore, civil status decisions can even be recognized in situations where express legal basis is lacking, as confirmed by the Supreme Court of Sweden in June 2019.²³ The said case concerned a court decision that established motherhood in accordance with a surrogacy arrangement. In Swedish law, there are no legal rules on establishing the motherhood (see further on Surrogacy) and that prompted the question whether the court decision could be recognized.

11. That exception for the requirement of a clear legal basis does not establish the general rule of cross-border recognition of status decisions, however. In that particular case, the US decision on status was confirmed for a number of reasons, to be discussed later in more detail (see further in 8.3). The practical circumstances and the social reality of persons involved can vary in other cases.

²⁰ The Supreme Court of Sweden NJA 2013 not 9, case no. Ö2475-12.

²¹ M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Transnationella familjer ur ett internationellt privaträttsligt perspektiv – särskilt avseende äktenskap”, In *Familj, Religion, Rätt: En antologi om kulturella spänningar i familjen*, iUstus, 2010: 238-239.

²² *Pellegrini v. Italy*, app. no. 30882/96, 20 July 2001, ECtHR. *Sahyouni v Mamisch* [2017] ECJ Case C-372/16.

²³ The Supreme Court of Sweden, NJA 2019 s.504, Ö3462/18.

III.1.4. Swedish Court Decisions on the Existence of Status

12. Swedish courts can also adopt decisions as regards the determination of inexistence or existence of the civil status concluded abroad, even if that status was not confirmed by court decision, such as marriage. This stems from Article 3 (1) of the Act on certain International Legal Relationships Regarding Marriage and Guardianship (1904), which provides that marriage cases also include the legal disputes *whether the marriage exists* between the spouses.

13. Thus, the Swedish court could be asked to determine whether the marriage exists (so-called *fastställelseyrkan*, an application for a declaratory judgment) under the general procedural law. The court may adopt either a negative or a positive decision. If the court determines the existence of the marriage, it will have all effects in Sweden. This would be beneficiary for the applicant. However, if the court decides that the status does not exist, the applicant would have no possibility to argue for separate effects of the said status after the said decision. Therefore, applicants should be encouraged to think through the risks and possibilities in the specific factual circumstances. After a court decision that the status does not exist, it could be difficult to claim other effects of the status, for instance, inheritance or maintenance.

III.2. Conflict of Law Method

14. The conflict of law method is widely applied for cross-border recognition of civil status in specific disputes over effects of the civil status. This is done both regarding the validity of marriage, names, and so on. At the same time, this method is often applied in a simplified way in Sweden. For instance, *lex loci celebrationis* rule applies to the formal validity of marriage, which really simplifies recognition, and the state authorities are not expected to analyse the material validity of marriage in usual cases. In addition, the legislator provided for specific rules on non-recognition of certain “unacceptable” statuses, which also exclude the necessity of a nuanced *ordre public* analysis.

15. The preliminary issue of marriage validity could arise, for instance, in the context of determination of inter spousal maintenance²⁴ or inheritance. The court would need to solve that preliminary issue and it may allow recognition under extraordinary circumstances.

16. The fact that marriage was recognized in that particular context does not mean that it will have effects in other areas of law. This is in contrast to a declaratory judgment (*fastställsetalan*)²⁵ which could ensure that civil status has legal effects in Sweden, whatever effects may be concerned, currently or in the future. Choice of law method is much more nuanced and specific to the relevant context. If an applicant does not address the court for a declaratory judgment on whether a certain legal relation exists, the case can still require a solution of this question of (in)existence.²⁶

III.3. Inclusion of the Status in the Registry

17. Civil status that is lawfully concluded abroad is registered by the State tax agency in Sweden. The person can appeal the decision to refuse registration of the civil status. The inclusion into the registry and recognition of material status validity should be distinguished. Registration of marriage in population records does not mean that the marriage will be treated as valid in absolutely all instances. This inclusion is seen as a proof of validity until proven otherwise, for instance, by the Swedish court in a procedural decision, as discussed above.

²⁴ Available under very limited and special circumstances in Sweden rather than as a general rule.

²⁵ The Swedish Code of Judicial Procedure (*Rättegångsbalken*) adopted 1942, with subsequent amendments, 13:2.

²⁶ *Ibid*, last sentence.

18. Taking the example of marriage again, if the marriage is not included in the registry, parties are free to marry somebody else or each other. Considering that there is no such institute as a marriage annulment in Sweden, even if the State tax agency makes a mistake, there is no other way to dissolve the marriage but to divorce.

19. The State tax agency claims to include even civil statuses that are not backed by formal documents into the registry. However, they must ensure that the *correct* information is included in the registry.²⁷ That means that some evidence is absolutely necessary. In practice, civil status documents from some countries (Syria, Bangladesh, Afghanistan, Eritrea) has not been readily accepted by the State tax agency.²⁸ It can also occur that personal identity documents and civil status documents coming from a certain country, are considered unreliable at certain time periods.

20. The Swedish tax agency issues special documents (Ställningstaganden) with the overview of these problems of reliability of civil status documents coming from different States. The said documents overview the relevant case law of the Swedish courts on civil status from these States, and provide the guidelines on population registry officials. These guidelines are regularly renewed and the treatment of civil status may change, e.g. it can be accepted that passports usually can be accepted as proof of identity but events (birth, death) cannot be deemed reliable to prove the status.

21. EU Regulation 2016/1191 on the circulation of public documents is applied in Sweden. That ensures acceptance of civil status documents. It has little effects on the recognition of civil status created abroad, except for simplifications of formalities. The application was eased by both internal legislative supplementation²⁹ and technological preparations by implementing authorities. The implementing authorities are the State police and the State tax agency.

IV. Formal and Material Requirements for Recognition

22. The Act on certain International Legal Relationships Regarding Marriage and Guardianship provides for the rule on formal validity and not substantial/material validity,³⁰ which instead has always been presumed to follow the formal validity. According to this Act, marriage is recognized, if it is *formally valid* in the country of celebration (alternatively: formal validity in the country of habitual residence or nationality).³¹ The substantial (material) validity of such marriage has been presumed, whatever was the applicable material law. However, since July 2021, a new provision was inserted, which states that marriage concluded abroad is not recognized in Sweden if “at the time of the conclusion of marriage there were some obstacles to enter into marriage according to the Swedish law” (my translation).³² Since 2021, a foreign marriage that could not have been concluded in Sweden can only be recognized as *an exception* in Sweden. The recognition is possible if there are special reasons, and provided that the marriage had not been concluded by persons under 18 y. of age.³³ The last amendment applies the filter of substantive Swedish law to all marriages concluded abroad.

23. Sometimes formal and material considerations are very closely connected, e.g. in case of proxy marriages. The material law consideration is that such marriages could lack genuine consent and

²⁷ Act on population registry (Folkbokföringslagen (1991:481), and preparatory works, prop. 1994/95:94, page 14 and further.

²⁸ E.g., a Syrian marriage and divorce were found to be problematic to prove. It was considered that the documents provided by the person are not trustworthy, Administrative court of appeal in Göteborg (Kammarrätten i Göteborg), case no. 2964-14.

²⁹ Regulation on complementing rules (Förordning (2018:1199) med kompletterande bestämmelser till EU:s handlingsförfordning)

³⁰ Act (1904:26 s.1), 1: 7 §.

³¹ Act (1904:26 s.1), 1: 7 §.

³² Act (1904:26 s.1), 1: 8 § a (1), introduced by SFS 2021:465.

³³ Act (1904:26 s.1), 1: 8 § a.

might even be forced. Proxy marriages are not recognized in Sweden since the amendment of 2014, unless the parties were not Swedish nationals and did not have their habitual residence in Sweden and their marriage is legally valid in the country of celebration.

24. It is irrelevant whether the marriage is celebrated in a civil or religious ceremony, as long as it constitutes a legally valid marriage. At the same time, it cannot be a completely private and purely religious in nature to have effects in Sweden. Formal defects are often the basis for a refusal to register the civil family status.³⁴

25. There are different formal and material requirements regarding the recognition of court judgments on divorce, as well as other interrelated areas. For instance, the Act on certain International Legal Relationships Regarding Marriage and Guardianship provides for certain *formal requirements* for recognition of court judgment on divorce. In particular, it specifies which courts in Sweden have jurisdiction to deal with the issue of cross-border recognition and the procedural right to be heard. If the decision of the court does not conclude that the decision has a legal force in Sweden, there is nothing to prevent a re-examination of the case anew.

The Act on certain International Legal Relationships Regarding Marriage and Guardianship also provides for certain conditions that could be called *material requirements* on the recognition of a divorce judgment. The court decision on divorce that is adopted in a foreign state can be recognized in Sweden only if that court had reasonable grounds for jurisdiction in accordance with the spouses' nationality or habitual residence, or another connection. Furthermore, if the spouse entered into a new marriage after the court decision on divorce was adopted in a foreign state, the earlier marriage is considered dissolved, even if the court decision is not in force in Sweden, provided that the other spouse does not show that the remarriage was manifestly unjust in his/her respect.³⁵ This does not apply to court decisions adopted in EU member states and the Nordic state, where special rules apply and jurisdictional grounds are never reviewed.

V. Rules on Non-Recognition

26. The rules on non-recognition of certain marriages have been included in the “letter of the law” during the last decade in Sweden.³⁶ It is considered that a specific list of marriages that will not be recognized increases legal foreseeability, in contrast to a broad discretion of the *ordre public* safeguard. The rules on non-recognition gradually included the marriages contracted when at least one of the parties was under 18, proxy marriages (provided that one of the parties was a Swedish national or had a habitual residence in Sweden), and marriages that are likely to be forced. Since 2021, a broad provision is included: marriages that could not have been concluded in Sweden at the moment of conclusion, are not recognized.³⁷ No connection with Sweden is required for non-recognition. In addition, special non-recognition provisions apply to “likely to be forced” marriages³⁸ and proxy marriages.³⁹ The broad provision on the non-recognition is restricted only if there are “special reasons” for recognition and on the condition that the recognized marriage is not a child marriage.

27. Even prior the legislative amendment of 2021, other types of marriages besides the listed examples could be refused recognition, if they had been concluded despite hindrances under the Swedish law, while one of the parties was a Swedish national or had a habitual residence in Sweden. The said broad formulations could also potentially catch polygamous marriages. Nevertheless, they had been recognized until recently.

³⁴ M. JÄNTERÄ-JAREBORG, The Incidental Question of Private International Law, Formalised Same-Sex Relationships and Muslim Marriages, p. 159.

³⁵ Act (1904:26 s.1), 3: 7 §.

³⁶ Ibid, 1: 8 a §

³⁷ Act (1904:26 s.1), 1: 8 a § (1).

³⁸ Ibid, 1: 8 a § (2).

³⁹ Ibid, 1: 8 a § (3).

28. In 2018, there were only 152 persons who were married with more than one person, according to State tax agency. It was nevertheless considered worthwhile to draft stricter rules on the non-recognition of such marriages.⁴⁰ As regarding the blanket refusal of recognition of child marriages and polygamous marriages, the *Lagrådet* and many authoritative scholars and practitioners in Sweden tend to be critical towards blanket non-recognition rules in private international law.⁴¹

VI. Ordre Public

29. Only if the marriage is not covered by the said prohibitive rules but still manifestly contradicts the Swedish public policy, can the *ordre public* be employed under 7 (4) § of the Act. For instance, before it was clearly provided that child marriages cannot be recognized, in one case of 2012, *ordre public* was analysed with respect to child marriage.⁴² The court found that the Swedish *ordre public* at the time did not prevent the recognition of the marriage of 15 y. old girl and that justified the refusal of her right to family reunification with her father. The *ordre public* safeguard is to be interpreted restrictively. Certain provisions on the non-recognition of marriages, discussed before could nevertheless be interpreted as codified *ordre public* rules. They prescribe the contents of the *ordre public* in advance.

30. The main argument of the stricter rules as to underage marriage was that “children should not be married in Sweden”,⁴³ although at the same time, there is a very small possibility to “recognize” the marriage by PIL. Both spouses need to be at least 18 at the time of the dispute and there must be especially weighty reasons (not just “special reasons”). In preparatory works, one possibility is mentioned as an example. Marriage that had been contracted when one spouse was under 18 y. of age, perhaps could be “recognized” by court in a dispute over inheritance in the context of incidental question.⁴⁴

VII. Recognition of Effects

31. Regarding the effects of recognition of marriages, M. Jänträ-Jareborg has explained as follows:

“Sweden’s general approach is the traditional one, namely that a family law status created abroad but recognized in Sweden should be granted the legal effects of a corresponding family law status in Swedish law; the law applicable to these legal effects is determined in accordance with the generally applicable conflicts rules.”⁴⁵

32. This means that the effects are not made dependent upon the *lex causae* treatment of that civil status. For instance, if a Swedish court would consider that the Polish law needs to apply in a specific case of division of matrimonial property of a same-sex married couple, they would do so without consideration that the Polish family law does not allow same-sex marriage. The effects are not “locked” together with the status but treated as a separate question.

⁴⁰ Stricter rules on foreign polygamous marriages (Strängare regler om utländska månggiften, Kommittédirektiv), Committee Dir. 2018:68.

⁴¹ Legislative proposal of the Government on prohibition of recognition of foreign polygamous marriages (Förbud mot erkännande av utländska månggiften) 2020/21:149, Lagrådet’s opinion is annexed. On child marriages, see opinion of 2018, as referenced before (Förbud mot erkännande av utländska barnäktenskap). Both opinions were highly critical to the legislative proposals.

⁴² Supreme court of administration (Migrationsöverdomstolen), MIG 2012:4, case no UM6327-11.

⁴³ As expressed in preparatory works for the amendment on non-recognition of child marriages, see Prop 2018 (18) 288, Prohibition of recognition of the foreign child marriages (Förbud mot erkännande av utländska barnäktenskap), p. 13.

⁴⁴ Ibid, p. 30.

⁴⁵ M. JÄNTRÄ-JAREBORG, The Incidental Question of Private International Law, Formalised Same-Sex Relationships and Muslim Marriages, p. 157.

33. It is perhaps not too difficult to apply this approach in EU context, because the rules on legal effects of marriage are usually not gender specific, even if the rules on contracting the marriage are reserved to man and woman. However, consider a situation where Iranian law is found to be applicable for the inheritance of a surviving same-sex spouse and the rules on inheritance are also gender specific.⁴⁶ In this case, the application of foreign law would not necessarily be so unproblematic, and the Swedish court would need to find an appropriate solution.

VIII. Other Issues of Cross-Border Recognition

8.1. International Company Law

34. Sweden applies the principle of incorporation and it has been suggested that it would be a good idea to apply this principle even at the EU level.⁴⁷ The principle is well in line with the case practice of the European Court of Justice. The new version of the Act on companies was adopted in 2005⁴⁸ and subsequently amended to incorporate all changes of EU secondary law. The discussion in the legal literature has been rather active.⁴⁹ Significant preparations for an implementation of upcoming changes in EU law and the case-practice of the ECJ on international company law are ongoing at the legislative level.⁵⁰

8.2. International Name Law

35. In 2006, the European Commission criticized Sweden for a possible discrimination in this area.⁵¹ Subsequently, a consultation procedure was initiated⁵² and then some legislative changes were introduced. Section 49a was inserted in the Act of personal names to make the Swedish law on names more compatible with the EU law and allow the cross-border recognition of names acquired in another country. That recognition is ensured through the notice to Swedish tax agency (Skatteverket), provided that there was a connection to another EU member state (or Switzerland).⁵³ Habitual residence, nationality or another strong connection to that foreign country was necessary. At the same time, nationality remained the applicable law for Swedish nationals. The amendment came into force in 2012.

36. The new version of the Act on personal names was adopted in 2016.⁵⁴ According to section 30 of the Act, a personal name that is acquired in another EU member state or Switzerland because of the changed civil status is “recognized” (i.e. the person has the right to acquire that name) in Sweden, provided that a person had a habitual residence, or a nationality, or another special connection to that state. This rule does not apply to changes of names for other reasons than a change of civil status, e.g. purely administrative name change. The rule also does not apply, if the name is offensive or for another reason inappropriate.

⁴⁶ Ibid, p. 156.

⁴⁷ J. DANIELIUS, Aktiebolags rörlighet över gränserna, 2010. <https://svjt.se/svjt/2010/120>

⁴⁸ SFS 2005:551 Companies Act (Aktiebolagslag 2005:551).

⁴⁹ For instance, M. NELSON, *Utflyttning av aktiebolag: en analys i ljuset av den internationella skatterätten och EU-rätten*, Stockholm: MercuriUS, 2010. K. CEIJIE, *Anstånd med betalning av utflyttningsskatter – har rättsläget klarnat? Skattenytt*, 2014: 295-308.

⁵⁰ For instance, the Swedish Parliament discussed COM(2018) 239 proposal regards the use of digital tools and processes in company law in 2018, and in 2021, an extensive nearly 600 p. report was drafted with the view of upcoming legislative changes. SOU-2021:18. Cross border movement of companies (Bolags rörlighet över gränserna).

⁵¹ COM 2006/4454, Ju2007/9279/L2.

⁵² Ds 2011:39, International aspects of names (*Internationella namnfrågor*).

⁵³ For an overview of the situation at that time in English, see L. HÅKANSSON, *Your Europe – your name? An analysis of the compatibility of Swedish private international law with European Union law in name matters*, 2012, <https://www.uppsala-juristernasalumnistiftelse.se/wp-content/uploads/2014/11/Linnea-H%C3%A5kansson.pdf>

⁵⁴ SFS 2016:1013 Act on Personal Names (Lag (2016:1013) om personnamn).

37. The section 30 of the Act of 2016 on Personal Names corresponds to section 49 a in the previous law. Moreover, the nationality principle remains applicable to Swedish nationals wherever they live, with the exception⁴⁷ of Swedish nationals having their habitual residence in Denmark, Finland or Norway.

8.3. Surrogacy

38. It must be explained that Sweden until very recently did not have rules on recognition of motherhood. Only the rules on the recognition of fatherhood applied. Since 1 January 2022, the rules on the recognition of fatherhood may also be applied to women.⁵⁵ That change was needed for same-sex mothers. As a general principle, the mother is always the birth giving mother (*mater semper certa est* principle) and therefore, the intended mother often needs to adopt a child in Sweden.

39. Two cases based on the same facts reached the Supreme Court in 2019.⁵⁶ Proceedings no. 1 concerned the refusal to recognize the court decision from the USA on a surrogacy arrangement. Proceedings no. 2 concerned adoption of the same child in Sweden, which was also refused. The Supreme Court of Sweden granted the said case a status of the review (*prövningstillstånd*). These reviews are rather rare and they are accepted as case law. The Supreme Court of Sweden in June 2019 decided to recognize the court decision from the USA and accepted the civil status of the intended mother as the mother of the child in question.⁵⁷

40. The Supreme Court did not provide for the general right to cross-border recognition, however. The reliance on the relevant case law, for instance *Mennesson v France* (ECtHR) on surrogacy arrangements does not necessarily mean that the status acquired by surrogacy will be recognized, when circumstances of the cases differ and the child can *de facto* stay with the intended mother, even if she is not related to him genetically, biologically or legally. The main considerations used in such circumstances are the best interests of the child and impossibility to establish the parental status by other means.

8.4. Same-Sex Marriage and Registered Partnership

41. Same-sex marriages concluded abroad are recognized as marriages since 2009 in Sweden. Previously, they were recognized as registered partnerships. Registered partnerships concluded abroad can be registered as marriages in Sweden (upgraded) but there is no public data on the practice of State tax authority. State tax agency in Sweden is responsible for the population registry. It also registers civil statuses lawfully concluded abroad.

42. It could be plausible to expect that partnerships that are registered abroad and are considered “weak“ fall under the Swedish cohabitation law instead of the marriage law.⁵⁸ Two things must be noted in that regard: first, private international law policy follows the substantive family law policy in Sweden, and second, the recent EU legislation might have unexpected effects on civil status classification in the future.

43. It is well known that when the substantive family policy changes, the reasoning in private international law usually changes as well. Before gender neutral marriage became the reality in Sweden in 2009, it was not possible to recognize same-sex marriage contracted abroad as marriage. The Supreme Court decided that a same-sex marriage concluded in Canada can only be recognized as a registered

⁵⁵ Parenthood Act (Föräldrabalken), 1: 7§, on applicability of the rules *inter alia* to mothers. 1: 9 § (2) on recognition of parenthood when external fertilization was undertaken abroad in State authorised system. It applies to second parent automatic recognition in situations of marriages between two women, and on the condition that the child has the right to know his or her origin.

⁵⁶ HD PT case no. Ö 2680/18, HD PT case no. Ö 3462/18.

⁵⁷ HD PT case no. Ö 3462/18, decision of 13 June 2019, NJA 2019 s. 504.

⁵⁸ Cohabitation Act (Sambolag) 2003:376.

partnership in Sweden.⁵⁹ After the gender neutral marriage law was adopted, the interests of two men from Ireland to marry were seen as the *justifiable* special reason for the application of *lex fori* only.⁶⁰

44. Another important thing to note is the impact of the EU legislation on the recognition of civil status. Sweden is a party to the EU Regulations on matrimonial property and property consequences of registered partnerships. Considering that two different Regulations apply, the state authorities in Sweden are encouraged to reconsider whether registered partnerships can be equated to marriages (upgraded).

IX. Key Arguments For Recognition or Non-Recognition of the Status

9.1. Best Interests of the Child

45. The principle of best interests of the child is taken very seriously in Sweden and the child's perspective is considered to be fundamental in legal reasoning. Note also that a political decision was taken to apply the UN Child Convention directly from 2020 and that even strengthens this position.

46. From the point of view of the Swedish legislator, it is considered as the internationally mandatory rule that children should not be married. However, regardless of the best intents to protect all children, the use of this argument as a blanket norm has sometimes resulted in vulnerability⁶¹ of women and girls in underage marriages. A question might arise whether the young women and girls are really protected, when they are refused entry to Sweden on the basis of their marriage. It can be argued that it is not always so. The practice of state authorities also was inconsistent. Marriage can be recognized to the detriment of the young women or the girl, or on the contrary, refused recognition to their detriment, depending on the outcome.

47. As discussed in the literature by M.Jänterä Jareborg, M. Sayed, and S. Mustasaari, even before the said change the Swedish courts had refused recognition of marriages concluded when one of the party was under 18, and in all cases when the party is under 15. Since 2019, the main rule for child marriages is the rule on non-recognition. Instead of some discretion under the *ordre public* exception, the courts are instructed to refuse recognition. The legislative decision can be claimed to be based on the political image of the child's best interests, rather than the needs of the specific child in question. A very narrow discretion might still apply as to the recognition of effects of marriages, even if the status itself is not recognized. It must also be stressed that the Supreme Court of Sweden also highlights that the best interests of the child must be determined on a case to case basis.

48. In the 2019 case on surrogacy, the Supreme Court also relied on the child's right to *private life*. That can be seen as a separate stream of argument, which is nevertheless very closely related to the best interests of the child. It was not the intended mother's right to private life that was seen as infringed by the Court but the child's right to private life, similarly to the case-practice developed by the ECtHR. The child's right to private life was seen as closely connected to the child's right to his/her identity, and

⁵⁹ RÅ 2008 ref 82.

⁶⁰ Administrative court of appeals in Stockholm (Kammarrätten i Stockholm), case no. 862-14, KamR 862-142014-11-06, 2014-01-16. The Irish citizens and residents wanted to enter a same-sex marriage in Sweden. The court found that although this is an evasion of Irish law, the interest of the Irish men to marry had greater significance and hence, there were special reasons (särskilda skäl) to apply the Swedish law. It must be noted that Ireland at the moment had a possibility to enter into a registered same-sex partnership and the court relied on the presumption that the same-sex marriage in Sweden would have been recognized as such, rather than be completely denied recognition.

⁶¹ S. MUSTASAARI, "The married child belongs to no one? Legal recognition of forced marriages and child marriages in the reuniting of families," *Child and Family Law Quarterly*, 26, 3, 2014: 261-282.

M. JÄNTERÄ-JAREBORG, M. Non-Recognition of Child Marriages: Sacrificing the Global for the Local in the Aftermath of the 2015 'Refugee Crisis'. In *International and National Perspectives on Child and Family law*, Essays in Honour of Nigel Lowe, Intersentia, 2018: 267-282.

that should entail the legal recognition of relations that are important to the child, such as those with a mother and siblings. The Court relied on the ECtHR practice on this matter (para 32 of the case) including the Advisory Opinion of 2019,⁶² which allowed the recognition of intended mothers in cases of surrogacy, even if they were not genetic mothers.

9.2. Gender Equality

49. The arguments of gender equality, equality of spouses in marriage, equal treatment before the law could also be used in cases of non-recognition of a child marriage, a polygamous marriage, and surrogacy arrangement. For the higher ideal of gender equality in Sweden, a specific woman in the dispute could also face financial detriment and lose her possibility to negotiate a religious divorce, after the Swedish court refuses her right to *mahr*.⁶³

50. The implied argument of gender equality relates to same-sex marriages with foreign elements. As mentioned above, when the principle of gender equality was extended to Swedish marriage laws, two Irish men were found to have a special reason to marry in Sweden. This applied regardless of their lack of connections to Sweden, or the fact that their marriage would be downgraded to a partnership in Ireland. The discussed case is not a precedent and cannot be compared with the Supreme Court's case law on recognition of the Canadian same-sex marriage as a registered partnership rather than marriage (prior 2009). However, it is interesting to see how fast the legal argumentation shifted after the change of the domestic policy on gender equality. It only took a few years to go from "impossibility" to recognize to "special reasons" for allowing marriage, regardless of the choice of law rules that referred to foreign law.

51. It could be argued that two Polish nationals on holiday in Sweden and without any connection to Sweden would not be allowed to enter into a same-sex marriage, because that marriage would not be recognized in the state of their habitual residence and the common nationality. If the same-sex marriage is recognizable in the state of origin of at least one spouse, *in whatever form*, then there is a ground to claim that it can be concluded in Sweden. Still, such conclusion of marriage in Sweden can only be seen as an exception and the said legal argumentation could even be seen as extended obiter dicta.⁶⁴ In contrast to Denmark, the Swedish legal rules are in principle not open to all same-sex couples wanting to marry.

52. In the case of 2019 on cross-border surrogacy, gender equality is an important implied argument. Even though the Court does not elaborate on it, as mentioned above, the legal status of the mother in Sweden is established under the *mater semper certa est* principle. That means that the cross-border recognition of the status in this area differed for men and women and men had a somewhat privileged position. Women could only establish their status through adoption, regardless whether they were genetic mothers. Although the gender equality argument was not explicit, the human rights of intended mothers have improved.

53. In this case, the child was born in California and no claims on the exploitation of women were raised. However, transnational surrogacy from less developed States is often connected to the exploitation of women and it is not likely that in such cases the status would be recognized. In my opinion, the precedent allows the recognition of status created through State-supported systems, where surrogacy

⁶² 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, [GC], no. P16-2018-001, French Court of Cassation, 10 April 2019.

⁶³ M. SAYED, M. LINTON, Kvinnor "i kläm" vid bedömning av mångfald? In *Genuskritiska Frågor inomjuridiken*, Iustus, Juridiska Fakulteten i Uppsala, 2018: 123-143

⁶⁴ The couple from Ireland did not marry in the end, because they did not submit originals of their passports. Therefore, the elaborate argumentation on whether they had the right to marry could also be seen as unnecessary in this case.

is legally regulated.⁶⁵ Status originating from the States where such private arrangement was simply tolerated in practice is not likely to be recognized.

9.3. Practical Reality

54. Finally, the Swedish approach seems to rely on the practical reality of the civil status. For instance, the State tax agency adopts guidelines that analyse whether the specific civil status documents from particular states are reliable, what are the practical problems with proving the status, etc. These documents are highly detailed and they are regularly updated.

55. The Supreme Court of Sweden in its precedent on surrogacy (2019) also relied on the fact that the child conceived a after surrogacy arrangement in USA now lives with the intended mother in Sweden and they are a family. The reliance on “practical reality”⁶⁶ seems to have been decisive in the argumentation and not a formalist search for a legal basis for recognition of a court decision from abroad. The biological connection between the child and the intended mother was not required.

⁶⁵ It is also doubtful whether the surrogacy arrangement can be confirmed by a court decision in all such situations.

⁶⁶ The Supreme Court of Sweden, case no. 3462/18, para 38.

RECENSIONES

MARTA REQUEJO ISIDRO (Ed.). *Brussels I Bis. A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012. Elgar Commentaries in Private International Law series*, 2022, 1024 pp.
ISBN: 978 1 78990 816 9

DR. APOSTOLOS ANTHIMOS
Attorney at law, Thessaloniki, Greece

DOI: 10.20318/cdt.2023.7590

1. *Brussels Ibis Regulation- A commentary*, is the third commentary published by Elgar in the Elgar Commentaries in Private International Law series. Under the scientific direction of Gilles Cuniberti, Professor of Comparative and Private International Law, University of Luxembourg, the volumes in this series provide comprehensive commentary and analysis on major directives, regulations and conventions across the spectrum of Private International Law (PIL). The volumes published so far in addition to the one under review have also been edited by prestigious professors of European private law, and procedural international law: Sabine Corneloup, Pietro Franzina and Ilaria Viarengo, Fernando Gascón and Elena D'Alessandro, and Gilles Cuniberti himself. A commentary on Regulation (EU) 2020/1784 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents) (recast) will be available in summer 2023.

2. The conception underlying this vast commentary to the Brussels Ibis Regulation is explained in the foreword; so are the difficulties experienced along the implementation of the project. The adventure began in spring 2019, when the publisher house approached Marta Requejo, then a Senior Research Fellow at MPI Luxembourg, and invited her to be in charge. The subject (so the foreword) fitted squarely with the topics of interest of the Department of European and Comparative Procedural law of the Institute: it was only natural, then, to make of it a common endeavor of the scientific staff. And, indeed, it is worth recalling

that most of the authors had already participated in the extraordinary MPI Luxembourg study for the Commission entitled *An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law*. Besides, many of them have also taken part -or are part-, in the huge *Comparative Procedural Law and Justice (CPLJ)* project, still underway. The Brussels Ibis commentary could not but be a European book, not only because of its subject matter, but thanks to the origins of the contributors and their academic backgrounds, and to the Europeanist vocation of the MPI Luxembourg, where they all belong.

3. The making of the book took longer than expected. From March 2020, Europe and the world found themselves immersed in the covid crisis, the consequences of which were felt in all areas of life. Scholars were not spared. Beyond health problems, it took some time to get used to new working arrangements and ways of communication within academic institutions. If this did not impede the progress of the book, it certainly slowed it down. To some extent, the delay led to positive outcomes in that it made it possible to mention in the volume pending preliminary references which later proved to be of the utmost importance, such as *C-568/20 - H Limited*. Decisions of the ECJ, like *C-296/20 Commerzbank*, were handed down during these strange times without hearings and practically without contact between the parties and the Court, and are addressed in the book. It also made it possible to incorporate reflections

on Brexit, or take into account, for the purpose of comparison, the final text of the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, and the first comments on it. However, just like in any work of this magnitude, the adjournment of the publication also generated unease among the contributors as to when the book would be achieved, and the fruit of the hard work would reach its addressee - the community of academics and legal practitioners. This may account for the uncommon dedication, ‘From the editor of this book to the authors of this book’: a tribute to their patience and their work.

4. Each provision of the Brussels Ibis Regulation is the subject of a separate commentary or chapter in the book under review. All chapters follow the same basic formal structure, in a deliberate choice made to mirror the logic of the instrument itself, and to ease navigation through the work. The assignment of chapters to contributors was carried out following first (but not only) their own preferences, in order to profit in as much as possible from their individual expertise in relation to specific subject matters. It is therefore only logical that Burkhard Hess, with his solid and vast background in International Law, Comparative and European Procedural Law, authors the Introduction. Martina Mantovani, well-versed in notaries (see her well-known article ‘Notaries and their debt-collection writs under the Brussels Ia Regulation. A difficult characterisation’, JPIL, 2019, pp. 303 ff), comments on Article 3. Matteo Gargantini, currently assistant professor of Business Law at the University of Genoa and former staff of Consob, explores Article 7, paragraph 2, from his special acquaintance with financial markets. Marlene Brosch, who has worked on party autonomy in family matters (she is author of *Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im internationalen Familien- und Erbrecht der EU*, Tübingen, Mohr Siebeck Publishers, 2021) deals with Articles 15 and 16, and with Article 25 together with Marcel Kahl. Carlos Santaló Goris, whose doctoral thesis is devoted to the European Account Preservation Order, addresses Article 35 (provisional measures). Stephanie Law, who combines her common law background with a profound understanding of European Law, offers her vision of the rules of *lis pendens* and related action as applied to third States. Vincent Richard, who obtained his PhD

with the award-winning thesis *Le jugement par défaut dans l’espace judiciaire européen*, 2019, is co-author of the commentary to Article 45, with Janek Novak. Cristina Mariottini’s scrutiny of Article 71, on the relationship of the Brussels Ibis Regulation with other instruments, corresponds naturally to the knowledge she acquired while working at the Hague Conference.

5. Each of the comments witnesses an enormous individual research effort by its author, as well as that of the editor. The editorial job, sometimes misunderstood or undervalued, has served here to create internal connections among chapters and as a guarantee of content-consistency, always within the respect of the scientific opinion of the contributors.

6. The history, context, and interpretation of each provision as applied in cross-border disputes are the topics of each chapter. The insights, even brief, on the origin and historical evolution of the provisions, are not purely ornamental. Together with the precious Reports accompanying the successive versions of the Brussels Convention (whose 50th anniversary was celebrated in 2018; that of its entry into force will do so next year), this ‘trip to the past’ allows explaining current solutions and critically assessing their suitability to new circumstances.

7. The approach to each rule within the system makes it possible to overcome the formal fragmentation of the structure ‘one article, one chapter’ (see as example, Cristian Oro, “Other provisions of the Brussels Ibis Regulation that guarantee the protective nature of Section”, marg. 20.18 ff). To this aim serves as well the assignment to the same author of closely related provisions: by way of example, Philippos Siaplaouras comments on Articles 8 and 65, the latter referring explicitly to the former; Inga Järvekülg takes up Articles 10 to 14, on jurisdiction on matters relating to insurance; Articles 27 and 28 (examinations as to jurisdiction and admissibility) are addressed by Felix Koechel. Section 2 of Chapter III is analysed en bloc by Giovanni Chiaponni, while Enrique Vallines examines Articles 46 to 51 (Refusal of enforcement), and Marlene Brosch, who comments on Article 2 with Martina Mantovani, is sole author of the annotation to Articles 58 to 60 (Authentic Instruments and Court Settlements).

8. The case law of the ECJ occupies a central place in this work; national case law is definitely much less present. The reason seems to be two-fold: on the one hand, and essentially, because it would have been impossible to provide a balanced view of national practices, given the different traditions of the Member States regarding free access to local judgments. On the other hand, the vast majority of the national decisions are not translated into English, so (from the contestable assumption that it is a pivot language which everyone understands), they are practically out of reach.

9. The Opinions of the Advocates General are also reflected in the work, however without losing sight of the fact that their understanding of the rules are not binding on the Court of Justice, but rather a starting point for her to develop its own arguments and solutions. Inclusion of the analysis by the AGs is nevertheless noteworthy, in light of the different perceptions in the Member States regarding the value to be given to the writings of these ECJ Members.

10. From the point of view of the doctrinal references on which each commentary is based, a clear attempt has been made to offer plural visions, looking for support from different sources and, with them, searching as well for divergent points of view. Regrettably, albeit usual in this type of works, scholar writings in languages other than the most common in legal literature (English, French, German, Spanish or Italian; Greek has been incorporated, to some extent) are missing.

11. The commentary collects separately the EU and national case law and legal acts, and is accompanied by a terminological index. It has been decided to present the literature used for each provision at the end of the corresponding chapter, so as to make it easier for the reader to find the references.

12. In a simple review like this one there is no room for a singularized analysis of each separate contribution. As it could not be otherwise, there are more and less dense chapters, in form and substance. Those relating to international judicial jurisdiction in consumer matters, by Stephanie Law, have been of particular interest to me, although (or perhaps, precisely, for this

reason) the content escapes a bit from the usual comments on international jurisdiction to offer a more transversal perspective (vid for instance the section 'Identifying the consumer', marg. 17.39 ff). The contribution to Articles 26 to 28, by Felix Koechel, stands out due to the German *savoir-faire* of the author, but also by his very personal taste for the detail. Edith Wagner's contribution on Article 7, paragraph 5, transpires the personal curiosity of the author for the litigation at stake, beyond international jurisdiction. Marcel Kahl's Article 24, as well as all contributions by Enrique Vallines, are sober, didactic and to the point. Even more are Vincent Richard and Janek Novak on Article 45.

While offering a thorough in-depth analysis of every single provision, this commentary provides most valuable guidance for lawyers, judges and academics both in Europe and beyond (see at the back of the book the endorsements by Professors Fernando Gascón Inchausti, University Complutense of Madrid; E.L. Teitz, Roger Williams University School of Law; and Franco Ferrari, NUY). It is the mandatory reference book for any lawyer facing with private legal litigation with a cross-border component; by contrast, it should be noted that it may not be the first step to approach the Brussels Ibis regulation for bachelor students.

13. The book addresses past, current and emerging issues of cross-border litigation in civil and commercial matters, and compiles the case law of ECJ up to the date of printing. This entails that, like all commentaries, it was born already outdated: life goes on after delivery to the publisher house, cross-border litigation continues, requests for preliminary rulings get to Luxembourg non-stop. What is more: the Brussels Ibis Regulation is undergoing review. It is here posited that whatever the outcome, it will unlikely detract from the importance or utility of this work. Firstly, because, although amendments to the legal text cannot be excluded at this stage, they will hardly imply the total abandonment of the existing rules: as of today, some of them have not even had the opportunity to be interpreted by the ECJ. Secondly, because to the extent that the changes respond to dissatisfaction with current solutions, expressed through interpretation requests addressed to the ECJ, the commentary as it is will offer elements to understand said discontent.

ANA MARÍA PÉREZ VALLEJO / INMACULADA VIVAS TESÓN. *La transmisión mortis causa del patrimonio intelectual y digital*, Aranzadi, 2022, 272 pp.
ISBN 9788411241557

DOMINGO BELLO JANEIRO

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de La Coruña
Vocal permanente de la comisión general de codificación

DOI: 10.20318/cdt.2023.7591

1. El libro que tengo el honor de presentar al amable lector se realiza en el marco del Grupo de investigación SEJ-235 “Transversalidad e interdisciplinariedad del Derecho civil” (IP Pérez Vallejo) y en el Grupo de investigación SEJ-617 “Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado” (IP Vivas Tesón).

2. No resulta nada fácil presentar un libro, sobre todo cuando, como en este caso, las autoras son unas magníficas profesionales además de entrañables y muy queridas amigas y compañeras en las tareas propias de la investigación y docencia en el ámbito del derecho civil, todo lo cual agrava, más si cabe, la dificultad que entraña no dejarse llevar por el cariño y apasionamiento en la elección de las palabras con las que se trata de presentar a las autoras e introducir al lector, ajeno a todo ello, en la obra con rigor y objetividad.

3. Conozco, desde hace tiempo, a las autoras y doy fe de su gran capacidad, como docentes y como investigadoras en el área de Derecho Civil, que, fácilmente, puede comprobarse con sus publicaciones en las que demuestran que son unas expertas civilistas de la mayor categoría, encontrándose en el mejor momento ahora para abordar el tema de referencia de la presente monografía .

4. Presento, pues, muy honrado, el libro de unas autoras, pese a su juventud, muy maduras ya, no sólo por las previas publicaciones de numerosos artículos y libros, y por sus numerosas estancias en centros de investigación y docencia sino, también, por la soltura acreditada por sus numerosas conferencias, organización de congre-

sos, colaboraciones y trabajos de coordinación en numerosas actividades formativas.

Todo su currículum y preparación profesional se ven bien plasmados en el libro que ahora presentamos al público especializado sobre un tema de especial relevancia, y de permanente actualidad. La presente monografía que ahora se ofrece al lector ha de quedar como referencia obligada para el estudioso y para el práctico del derecho, quienes, sin duda, habrán de tenerla a la vista desde este momento cuando hayan de ocuparse de alguna de las cuestiones que en la misma se analizan pero también, por sus valientes propuestas, *de lege ferenda*, deberá estar muy presente por el legislador, y no sólo el nacional.

5. La investigación analiza cómo la dualidad de facultades patrimoniales y morales que integran el derecho de autor y la disociación en los plazos de duración y protección que siguen unas y otras genera distorsiones o conflictos, aparentemente irresolubles, con directas repercusiones en la sucesión *mortis causa* y en el ejercicio *post mortem auctoris* de ciertas prerrogativas morales.

6. Por ello, este libro contiene una visión de conjunto de la regulación actual de dicha temática, analizando la normativa más reciente y la doctrina jurisprudencial, por lo que resulta una herramienta muy útil tanto para investigadores y estudiosos de la materia, como para los operadores jurídicos por su carácter tanto teórico como práctico.

7. La primera parte de la obra aborda varios interrogantes no exentos de polémica: ¿cómo justificar que, dentro de un único derecho, algunas de

las facultades se extingan a la muerte del autor (las que le permiten decidir si se divulga la obra bajo seudónimo o anónimamente, modificar o retirar la obra y acceder al ejemplar único de la obra), otras (las patrimoniales) se transmitan durante cierto tiempo y otras (en concreto, el reconocimiento a la autoría e integridad de la obra) continúen viviendo y, además, sin límite alguno de tiempo? ¿Cómo se articula en estos casos el fundamento de dicha sucesión? ¿Estamos ante un supuesto de sucesión ordinaria, de sucesión especial o, más bien, ante una legitimación *ex lege* prevista específicamente para la defensa y protección *post mortem* de ciertas facultades que el autor poseía en vida y que deben continuar tras su muerte?

8. En la segunda parte, las autoras se adentran en una problemática jurídica absolutamente nueva y, hasta ahora, de todo punto desconocida: la herencia digital (“*digital legacy*”), carente de regulación específica en nuestro Derecho sucesorio. Nuevamente se abren a la investigación numerosas y complejas cuestiones que giran en torno a los activos digitales: ¿qué sucede con ellos cuando morimos?; ¿se integran, junto a los bienes materiales, en el as hereditario o existe una “herencia digital” transmisible conforme a unas reglas específicas?; y respecto al acceso a tales contenidos intangibles del difunto por los llamados a sucederle, ¿no tiene el *de cuius* derecho a que se respete su privacidad digital *post mortem*?; ¿y qué sucede con la privacidad de los terceros con los que interactuó?. Así las cosas, ante la transmisión *mortis causa* de un nuevo patrimonio, el digital, dos son las opciones: o el Derecho sucesorio español contiene fórmulas que, pese a ser clásicas, demuestran una gran capacidad de adaptación o amoldamiento a la nueva realidad tecnológica o bien se circunscriben al mundo físico y, en consecuencia, su rigidez y formalismo impide conjugarlas con las nuevas tecnologías y las demandas de una sociedad en continuo cambio. En consecuencia, las Doctoras Pérez Vallejo y Vivas Tesón se plantean si sus clásicas instituciones, prácticamente inmutables pese a la honda y veloz transformación de la realidad social, permiten proporcionar respuestas adecuadas a estas nuevas demandas (y, por consiguiente, conflictos) sociales que derivan de la transmisión *mortis causa* del acervo digital compuesto por bienes que presentan una gran heterogeneidad, complejidad y dispersión o, en cambio, se precisan nuevas soluciones legales *ad hoc*.

9. Creo que era necesario un estudio serio, profundo y riguroso como éste sobre tan relevante materia destinado, sin duda, a convertirse desde ahora en obligada referencia bibliográfica como instrumento cualificado y altamente eficaz al servicio de todos los que, desde diversos aspectos, se interesen por cuestiones de tanta trascendencia como las que aquí se abordan y que debe ser tomado como punto de partida necesario para las oportunas modificaciones legislativas en el futuro.

10. El aporte de las Profesoras Pérez Vallejo y Vivas Tesón para el avance del conocimiento es responder a los múltiples interrogantes planteados en esta obra monográfica, lo que resulta de enorme utilidad no sólo para los civilistas sino también para los estudiosos de otras disciplinas imbricadas en la temática abordada como el Derecho internacional privado y el Derecho constitucional, así como para los distintos operadores jurídicos, dado su innegable alcance práctico.

11. Y ello porque a lo largo de más de doscientas páginas y con gran maestría, las autoras recorren las instituciones sucesorias de nuestro Código civil junto a las disposiciones de textos normativos de enorme relevancia en nuestro ordenamiento jurídico como la Ley de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la Ley de Propiedad Intelectual, el Reglamento europeo de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y la Ley de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

12. Las autoras no son ajenas al impacto de la revolución tecnológica en nuestras vidas y, más concretamente, en nuestro patrimonio, siendo conscientes de que muchas de las normas aplicables a los activos intangibles que forman parte de él (derechos de autor, patentes, criptoactivos, NFT, contenidos digitales almacenados en múltiples dispositivos, cuentas de correo electrónico o en la nube, etc.) responden a una mentalidad anclada en lo analógico, lo que plantea interesantes problemas prácticos acerca de su transmisión *mortis causa* a un tercero que no son nada fáciles de resolver.

13. En definitiva, la obra sitúa el Derecho sucesorio ante el nuevo paradigma digital. Las autoras han conseguido, sabiamente, combinar su

tarea docente con las labores propias de la investigación científica, alguno de cuyos resultados tenemos ahora a la vista y que hacen presagiar que su ilusionado esfuerzo y dedicación, más temprano que tarde, las conducirán a la consagración de este libro como obra de referencia en la materia.

14. En esta monografía se evidencia la constancia, capacidad de trabajo, rigor científico y te-

naz dedicación de unas profesionales de primera categoría, con lo cual me permito concluir, muy satisfecho, la presente recensión, para no demorar más dar paso a la recomendación de la lectura de este magnífico libro sobre un tema apasionante tratado con gran agudeza, serena valentía, mucha documentación y fina intuición jurídica.

AA. VV. DAVID CARRIZO AGUADO y PABLO QUINZÁ REDONDO (Coords.). *Derecho del comercio internacional. Casos prácticos resueltos y razonados*. Madrid, Colex, 2022, 256 pp.
ISBN: 978-84-1359-584-9

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
ORCID ID: 0000-0002-3361-0556

DOI: 10.20318/cdt.2023.7592

1. La globalización ha facilitado la comercialización de bienes y servicios, reduciendo las barreras fronterizas. Así las cosas, el estudio de los mercados internacionales exige abordar sus mecanismos de organización, funcionamiento y protección con el fin de determinar el régimen jurídico de los intercambios transnacionales. En este análisis resulta esencial tener en consideración las perspectivas tanto sustantiva como conflictual de la cuestión, pues el DIPr juega un relevante papel en este campo en diferentes planos.

En esta línea, desde la irrupción de la asignatura *Derecho del comercio internacional* en los planes de estudios para la formación de los juristas en el último tercio del pasado siglo se han publicado algunos manuales en la materia por parte de profesores de nuestra disciplina; alguno de aquéllos, de excelente contenido, se ha mantenido vivo y es referencia del estudio teórico de este sector. Sin embargo, la perspectiva práctica del mismo precisaba de una obra, igualmente de referencia, que ofreciese de manera útil, sencilla y rigurosa ejemplos prácticos tanto para los estudiantes -ora de Grado, ora de Postgrado- como para los profesionales. A este criterio responde la obra colectiva objeto de esta reseña a la que se ha de dar, pues, la más calurosa bienvenida.

2. La obra está sustentada en doce interesantes bloques temáticos haciéndose un sugestivo recorrido por las diversas materias que componen el Derecho del comercio internacional. De esta manera, nos hallamos con un primer módulo cuyo título es *Derecho de la competencia y competencia desleal* en donde su autor, el Dr. HORRACH ARMO magistralmente desarrolla cinco supuestos prácti-

cos en torno a ítems tales como, conductas desleales contra los consumidores, conductas desleales contra un único competidor, concertación de precios, demanda contra dos sujetos responsables de un pacto contra la libre competencia y el archiconocido cártel de camiones. Resulta innegable que el autor demuestra un ávido manejo práctico de los instrumentos normativo aplicables a los complejos supuestos formulados.

3. A continuación, el bloque II, cuyo autor es el Dr. CARRIZO AGUADO, propone al lector cinco valiosos casos prácticos sobre la protección internacional de la propiedad intelectual e industrial tratando aspectos como los derechos de autor en el ámbito transnacional, el derecho de patente, la marca europea, el diseño industrial comunitario y, como broche, la patente europea con efecto unitario. A lo largo de tales supuestos fácticos el citado autor maneja con la brillantez a la que nos tiene habituados el intrincado marco normativo vigente en esta materia cuyo objetivo es velar por el régimen jurídico de los bienes inmateriales que, sin duda alguna, exigen una peculiar tutela debido a su importancia económica en el ámbito comercial internacional.

4. El Derecho de sociedades en el comercio internacional es encarado en el módulo III exhaustivamente por el Dr. BALLESTEROS BARROS a través de la formulación de cuatro excelentes casos prácticos en los que trata el régimen jurídico de los grupos internacionales de sociedades, la pseudo *foreign corporation*, el traslado de domicilio social estatutario y, por fin, la fusión transfronteriza de sociedades teniendo en consideración la suma

importancia de la actividad transfronteriza de las empresas en el seno del mercado interior.

5. El módulo IV, a cargo del Dr. QUINZÁ REDONDO, hace muestra de la magnífica técnica pedagógica del autor a través de cuatro casos prácticos acerca de la compraventa internacional de mercaderías y los *Incoterms*, abordando asuntos tales como la competencia judicial internacional y la Ley aplicable en su interrelación con el Convenio de Viena de 1980, uno de los más exitosos textos de la codificación supraestatal reciente (no en vano forman parte de él más de noventa Estados). El autor deja patente al lector la gran importancia que posee dicho contrato en el comercio exterior, cual buque insignia de las modalidades contractuales en el Derecho del comercio internacional, a la vez que agota su estudio internacional privatístico.

6. Los contratos de seguro, de distribución y de cooperación serán el hilo conductor del módulo V, desarrollado por el Dr. MERCHÁN MURILLO, quien afronta su desarrollo a través de sendos casos prácticos sobre el seguro obligatorio, el seguro por grandes riesgos, el contrato de agencia, el de concesión mercantil y el de franquicia, todos ellos impregnados con el elemento de internacionalización característico de las situaciones transfronterizas. El autor tiende debidamente a la creciente globalización de las transacciones mercantiles -a consecuencia de la ingente incidencia directa de la dimensión transnacional del sector asegurador-, así como a la adopción de técnicas de comercialización en diversos productos y servicios en el exterior de las que disponen los exportadores en sus diversas relaciones comerciales.

7. Seguidamente, el módulo VI se ocupa de la contratación electrónica y de los contratos relativos a los derechos de la propiedad industrial. En él la Dra. CORDERO ÁLVAREZ desarrolla cuatro magníficos supuestos fácticos respecto del contrato de hospedaje (*hosting*) y página web, del contrato electrónico internacional, del contrato de licencia y franquicia con cesión de derechos de propiedad industrial y del contrato de distribución en exclusiva o también conocido como concesión de venta. El lector hallará un profundo estudio de esta compleja materia caracterizada por la irrupción de las tecnologías de la información y comunicación en el desarrollo del comercio internacional con un

amplio abanico de figuras contractuales, cuyo carácter transfronterizo es muy frecuente.

8. Las garantías contractuales internacionales constituyen el objeto del módulo VII afrontado brillantemente por la Dra. MORENO BLESA quien se ocupa de componentes tales como la hipoteca, la fianza, la garantía a primer requerimiento, la carta de crédito contingente (*tandby letter of credit*) y, por último, la carta de patrocinio (*comfort letter*). La autora incide en la trascendencia práctica que las garantías poseen en el tráfico jurídico internacional al servir como medio de prevención del riesgo de incumplimiento, esto es, como método de disuasión de la posible parte incumplidora y/o como mecanismo de resarcimiento para el perjudicado por los daños causados en el supuesto de que se produzca una transgresión de un contrato.

9. La Dra. SANTAOLALLA MONTOYA elabora en el módulo VIII un total de cuatro casos prácticos relativos a los medios de pago y cobro internacionales. Se centra en el pago con cheque nominal, el pago con orden de pago documentaria, el pago mediante remesa documentaria pagadera a la vista y por último el pago mediante crédito documentario sin confirmar. Como queda latente en esos pasajes, la concreción del régimen jurídico de todos estos instrumentos se ve afectada, además, por el ya aludido desarrollo tecnológico e informático actual, que ha propiciado una progresiva sustitución de los medios de pago documentales por instrumentos electrónicos. La autora, bajo una prosa clara y deductiva, pone de manifiesto la importancia de ingredientes básicos en la operativa de pago y cobro derivada de transacciones mercantiles internacionales, a saber: la confianza y solvencia de las partes contratantes, la seguridad en el cobro, además de la agilidad y costes que pueda conllevar dichos medios.

10. El Dr. PÉREZ MARTÍN se ocupa, en el módulo IX, del complejo *status* jurídico de la financiación del comercio internacional. El autor desgrana, con la solvencia y brillantez a que nos tiene acostumbrados, una serie de obligaciones contractuales de considerable interés: *factoring*, *leasing* operativo, *leasing* financiero y por último el contrato de *forward*. Es menester destacar que la determinación del régimen jurídico aplicable a este tipo de operaciones internacionales ha de partir de la idea de que tales contratos son fruto de la

actividad práctica de los operadores financieros, quienes han procurado servirse de contratos-tipo y condiciones generales detalladas para la regulación de este sector.

11. Entran en escena seguidamente los contratos internacionales de transporte terrestre, marítimo y aéreo (módulo X) de la mano del Dr. BELINTXON MARTÍN, un reputado experto en esta materia. Queda sobradamente claro cómo su autor, a través de la exposición fáctica de tres casos prácticos junto con sus fundadas soluciones, concluye que la actual realidad del transporte internacional está caracterizada, por una parte, por la presencia de una gran variedad de modalidades contractuales ejecutadas diariamente en torno a la actividad del transporte y, por otra, por el conjunto de documentos utilizados y sujetos participantes en dicha actividad.

12. La insolvencia transfronteriza ocupa el módulo XI bajo la acreditada autoría de la Dra. MARULLO. La norma sobre la que sustenta el desarrollo de cuatro casos prácticos es el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia habida cuenta de que determina el régimen legal de las situaciones concursales que afectan a deudores que posean el centro de sus intereses principales en el territorio de la Unión Europea. La autora maneja acertadamente las categorías jurídicas y proyecta sobre el contenido de este bloque una visión pedagógica encomiable.

13. En último lugar, no por ello menos importante, se formulan cuatro ilustrativos casos sobre resolución alternativa de controversias en el comercio internacional en el módulo XII, cuya autora resulta ser la prestigiosa Dra. CHÉLIZ INGLÉS. Ciertamente, tradicionalmente, la resolución de las mismas ha tendido a plantearse ante los órganos jurisdiccionales estatales. Pero en los últimos tiempos, sin embargo, se ha incrementado sensiblemente el recurso a vías de resolución alternativa de conflictos, entre las que destaca el arbitraje comercial internacional. Es en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, donde la autora se apoya magistralmente para plasmar los planteamientos a la luz de la relación fáctica ofrecida,

partiendo del postulado de que tal norma acepta la base voluntaria de la institución y asumiendo que, con independencia de la naturaleza que se le atribuya, el arbitraje se articula sobre el principio de la autonomía de la voluntad. Asimismo, profundiza en la materia con la interesante cuestión del exequátur de laudos extranjeros regidos por el Convenio de Nueva York de 1958 explicando que este instrumento será de aplicación en cada uno de los Estados contratantes, los cuales reconocerán la autoridad del laudo arbitral concediendo su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la resolución sea invocada.

14. La extensión de esta reseña obedece al interés que suscita la lectura de esta obra y al deseo de llamar la atención sobre la importancia de la misma a todos aquellos que quieran ampliar y profundizar su conocimiento y comprensión del complejo mundo del comercio internacional. Nos hallamos ante un libro útil y muy oportuno que responde a una definida finalidad práctica con la que nació, que aporta utilidad en las cuestiones normativas vinculadas a las relaciones del comercio internacional y que facilita a los juristas el acceso al estudio del régimen jurídico aplicable a cada cuestión o problema en esta materia. Se trata, en suma, de una obra cargada de conocimiento del que puede disfrutarse a través de una estructura idónea, en el que la teoría se conjuga con una amplia variedad de casos prácticos y reseñas jurisprudenciales que ayudan a una óptima comprensión.

Son muchos los aspectos que han sido destacados y a los que se ha hecho referencia a lo largo de esta reseña; a ello se suman la coherencia de la obra, la equilibrada combinación de teoría y praxis, así como la acertada selección y manejo de las distintas fuentes utilizadas. Capítulo aparte merece el equipo humano que la ha escrito: un conjunto de jóvenes, pero experimentados, profesores de DIPr de diversas universidades españolas que conforman una generación de profesionales llamada a las más altas empresas; un equipo que, en parte, nos había regalado ya recientemente otros excelentes casos prácticos de DIPr en la misma editorial.

M. J. CERVELL HORTAL. *Una unión de valores: ¿realidad o desiderátum? La protección del Estado de Derecho en el seno de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2022, 150 p.
ISBN 978-84-1391-589-0

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho internacional privado,
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: 10.20318/cdt.2023.7593

1. Los valores de dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y derechos humanos son, como proclama el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), fundamento esencial de la Unión, y su respeto vincula a instituciones y a Estados miembros (*die Idee der europäischen Wertegemeinschaft*) (*vid., ad ex.,* R. ASTOLFI, *Über Begriffe und Werte im Recht: eine rechtsphilosophische Analyse der Beziehung zwischen Recht und Gesellschaft am Beispiel der Europäischen Union*, Berlin, LIT, 2020; UDO DI FABIO ET AL. [HRSG.], *Werten: ein gemeinsames Fundament für Deutschland und Europa?*, Freiburg, Basel, Wien, Herder, 2019; V. SKOURIS, *Demokratie und Rechtsstaat: Europäische Union in der Krise*, München, C.H. Beck, 2018; A. VOSSKUHLE, *Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte*, Berlin, Suhrkamp, 2021). Esos valores no enuncian meros ideales u orientaciones programáticas, sino que traducen *normas jurídicas obligatorias* que no admiten matices ni flexibilizaciones, ni siquiera frente a la invocación de la *identidad nacional* de los Estados miembros (artículo 4.2 TUE). Dicho de otro modo, los valores mencionados por el artículo 2 del TUE describen auténticos *conceptos autónomos* del Derecho la Unión, que, de un lado, condicionan la participación de los Estados en la Unión Europea, de otro limitan el ejercicio del poder estatal (*vid., ad ex.,* M. KÖTTER ET AL. [HRSG.], *Rechtsstaatsförderung: Handbuch für Forschung und Praxis*, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2022) y, al mismo tiempo, en fin, influyen de manera determinante en los compromisos adquiridos por la Unión Europea con Estados terceros.

2. Aunque los *derechos humanos* fueron, de entre todos ellos, los protagonistas indiscutibles durante años (*vid., ad ex.,* H. GLASER/B. MAKOWICZ/M. WYRZYKOWSKI [HRSG.], *Grundrechte, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit: polnisch-deutsche Perspektiven auf aktuelle Entwicklungen und Herausforderungen*, Baden-Baden, Nomos, 2022), en los últimos tiempos, los reiterados ataques contra el *Estado de Derecho* han llevado a este valor a la primera línea de la actualidad europea e internacional (*vid., ad ex.,* H. GREFRATH/C. MAIER, “Demokratie als Attribut: Zur Theorie des demokratischen Rechtsstaates als Verfassungsprinzip”, en K.Y. ALBRECHT/L. KIRCHMAIR/V. SCHWARZER [HRSG.], *Die Krise des demokratischen Rechtsstaats im 21. Jahrhundert oder Wie sich die Geschichte gegen ihr Ende wehrt*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2020, pp. 37-52). Los intentos, en particular en Hungría y Polonia, de socavar la *independencia del poder judicial* y obviar algunos de los principios básicos en los que se fundamenta la Unión Europea (entre ellos, el de *primacía* de su Derecho) han sido continuos y preocupantes.

3. No es la primera vez que la autora del libro objeto de esta reseña se ocupa de los valores que protege la Unión; de hecho su investigación, seis años atrás, sobre los derechos humanos fue muy bien recibida (*vid., ad. ex.,* M.J. CERVELL HORTAL, “Unión Europea y derechos humanos, ¿una pareja bien avenida?”, en C. GUTIERREZ ESPADA/M.J. CERVELL HORTAL [DIRS.], *La Unión Europea como actor global de las Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 225-272). Quizás no sea desacertado pensar que su interés continuado en el tema le permitió ser consciente

de que otro de los valores de la Unión, el Estado de Derecho, hasta entonces en segundo plano, iba apareciendo en el punto de mira. Y, probablemente, la preocupación por cómo debería estructurarse la respuesta de la Unión frente a los intentos de algunos de sus miembros por “tocar” el Estado de Derecho fue el detonante que alumbró las páginas de este libro. La importancia de proteger, hoy más que nunca, el Estado de Derecho, los mecanismos existentes en el seno de la Unión para poder hacerlo, los fallos detectados y las posibles soluciones alternativas conforman el eje central de este libro, que nos recuerda sin descanso la necesidad de tener presente cuáles son las bases y cuál la esencia misma del proyecto europeo. El camino a seguir para garantizar plenamente el respeto de ese valor (y se aventura ya desde el principio de esta obra) ni va a ser fácil ni corto (realidad o *desiderátum*?, se pregunta, incluso, la autora en su título)

4. El libro pretende, en cuatro capítulos coherentemente estructurados, transmitir la situación actual del Estado de Derecho en la Unión. Tres de ellos se acompañan, además, de un apartado final, a modo de recapitulación (las conclusiones del tercero y el cuarto se han reagrupado, por centrarse ambos en la misma cuestión), lo que sin duda facilita al lector análisis y síntesis de las conclusiones principales a las que se llega.

5. El primer capítulo se concibe como una aproximación general a los valores de la Unión, esencial para conocer *cómo y por qué ha sido el Estado de Derecho el que mayor protagonismo ha acabado teniendo*. El capítulo tiene, con todo, como objetivo fundamental que el lector sea consciente de los esfuerzos que la Unión ha hecho para proteger sus valores, tanto dentro de sus fronteras como fuera, lo que se demuestra muy en particular en las relaciones con los *Estados candidatos a ser miembros* de la Unión y en los *tratados de carácter comercial que se acuerdan con Estados terceros*.

6. El segundo capítulo se centra ya en *el Estado de Derecho, como valor supremo que garantiza el cumplimiento del resto de valores*. Su violación sistemática, en los últimos años, por Polonia y Hungría obligaba a la Unión a plantearse, por vez primera, la aplicación del doble mecanismo previsto en el artículo 7 del TUE ante amenazas y/o posibles incumplimientos. Especialmente crí-

tica se muestra la profesora Cervell Hortal respecto de su aplicación. De nada sirvieron los intentos de la Comisión de crear mecanismos previos (Marco para la protección del Estado de Derecho de 2014) que pudieran frenar a esos dos Estados. Inútil fue también la activación de los procedimientos de reacción previstos en el artículo 7, que demostraron ser ineficaces al depender en última instancia de la unanimidad o de amplias mayorías. Como no podía ser de otra forma, gran parte de este capítulo se centra en narrar con detalle el desafío continuado al Derecho de la Unión por parte de Polonia y Hungría, importante para entender la complejidad y gravedad de la cuestión. El reconocimiento de que nada de lo previsto ha logrado proteger el Estado de Derecho lleva a la autora a reflexionar sobre posibles soluciones alternativas (reforma del artículo 7, posible expulsión del Estado miembro en casos de especial gravedad...). Dado que, como ella misma reconoce, las consecuencias de esta última opción “podrían resultar desproporcionadas”, la Unión optaba finalmente por poner en marcha una vieja idea que llevaba algún tiempo barajando: el Reglamento 2020/2092 sobre un *régimen de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión*, proponía limitar el acceso a los fondos europeos de aquellos Estados que no respetaran el Estado de Derecho. Especialmente útil resulta el análisis que se hace de esa norma, así como de la sentencia de 16 de febrero de 2022 por la cual el Tribunal de Justicia (tras sendas demandas de nulidad presentadas por Hungría y Polonia) lo declaraba conforme a Derecho y de las Orientaciones de la Comisión para su aplicación concreta de marzo de ese mismo año. Como se afirma (p. 79), habrá que dar un voto de confianza al Reglamento, pero también se advierte de que una *aplicación relajada* del mismo lo hará tan ineficaz como los intentos previos de controlar el respeto del Estado de Derecho. Se observa aquí el temor subyacente de la autora, con poca fe en la contundencia de la respuesta de las instituciones, que, a la vista de la realidad actual (el Reglamento no se ha aplicado finalmente a Polonia, quizás como compensación a los esfuerzos que está haciendo con los refugiados ucranianos), podría no estar infundado.

7. El tercer y cuarto capítulo analizan la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, constatado el fracaso de los medios políticos, ha sido la institución “más eficaz para hacer frente a las amenazas

sistémicas a los valores planteadas por Hungría y Polonia” (p. 81). En un ya considerable número de sentencias, el TJUE ha sabido defender, como ninguna otra institución, la necesidad de respeto máximo del Estado de Derecho y, en particular, la de preservar (ferozmente incluso) la independencia del Poder Judicial. Si el tercer capítulo se dedica a *Polonia*, Estado que mayor número de demandas ha originado, el cuarto analiza los desafueros perpetrados por *Hungría*, un Estado extraordinariamente complejo en el que conviven factores de distinta naturaleza que tiñen su constitucionalismo con la pervivencia de hechos y tendencias que se creían superados por la Historia (*vid., ad ex.*, D. FREY, “Eine illiberale Demokratie und ihre Vorbilder?: Die ungarische historische Verfassung in Theorie und Praxis”, en K.Y. ALBRECHT/L. KIRCHMAIR/V. SCHWARZER [HRSG.], *Die Krise des demokratischen Rechtsstaats im 21. Jahrhundert oder Wie sich die Geschichte gegen ihr Ende wehrt*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2020, pp. 177-196, y Z. SZALAI/B. ORBÁN [HRSG.], *Der ungarische Staat: ein interdisziplinärer Überblick*, Wiesbaden, Springer VS, 2021), sin olvidar incluir en él una referencia a *otros Estados* (España, por ejemplo, en las pp. 111-114) que, si de momento no han llegado tan lejos, acaso convendría no perder de vista.

8. Se ha hecho en esos dos últimos capítulos un meritorio esfuerzo en recopilar y presentar al lector de manera ordenada la *abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el Estado de Derecho*, que la autora sistematiza en torno a *tres ideas*: primera, la legislación interna debe ser siempre respetuosa con la *independencia judicial*; segunda, la falta de respeto del Estado de Derecho en los Estados de la Unión socava el *principio de confianza mutua*; y, tercera, acatar la primacía y las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión es una manifestación más del *respeto de ese valor* (*vid., ad ex.*, L.D. SPIEKER, “Werte, Vo-

rrang, Identität: Der Dreiklang europäischer Justizkonflikte vor dem EuGH: zugleich Bespr. von EuGH 22.2.2022 - RS [C-430/21], *EuZW* 2022, 326”, *EuZW*, 33, 7, 2022, pp. 305-313).

9. Ha sido, en definitiva, el Tribunal de Justicia el que ha mostrado más “sentido común” en las *crisis polaca y húngara* (p. 122), pero aun así, nos advierte la autora de este libro, algunas acciones como la introducción de ciertas *mejoras procesales* en el recurso de incumplimiento o una *mayor implicación activa de las instituciones*, serían convenientes para ayudar al Tribunal en su, hasta ahora, casi solitaria labor.

10. Ésta es una obra de lectura más que recomendable, clara en sus conclusiones y contundente en su valoración crítica. Las amenazas al Estado de Derecho siguen, además, latentes, con lo que las reflexiones que encierra son, sin duda, un buen punto de partida para poder seguir atentos, con conocimiento de lo hecho hasta ahora, a lo que el futuro nos depare. Será entonces cuanto tendremos que volver a proclamar y luchar por tales valores constitucionales europeos (*Selbstbehauptungen, Werte, Rechtsstaat*). Que el tema no se ha cerrado queda claro tras las novedades que al respecto surgieron una vez cerrada la redacción del libro (*ad. ex.*, el dictamen del Parlamento europeo sobre primacía y su ignorancia por el Tribunal Constitucional polaco, la aplicación del Reglamento de condicionalidad a Hungría...).

La historia de la Unión Europea muestra en los Estados miembros la coexistencia de una *política de resentimientos* con una *política de pasión por la democracia*. Es una historia plagada de *oportunidades y riesgos*. *Pequeñas obras maestras*, como ésta, sitúan al lector en la perspectiva adecuada. No se trata sólo de estar juntos *en Europa*, sino de estar juntos *por Europa* (*Gemeinsam in Europa, gemeinsam für Europa*).

PIERALBERTO MENGOZZI. *L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione Europea*, Bologna, Bologna University Press, 2022, 320 p. ISBN 9791254771532.

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho internacional privado,
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: 10.20318/cdt.2023.7594

1. Until recently, no general legal consequences have been attributed to the idea of solidarity in the ECSC Treaty, the EEC Treaty, the jurisprudence of the Court of Justice and acts of the Community institutions to which no general legal consequences have been attributed. A different attitude was expressed by an interpretation of a passage of a ruling of the EU General Court in the energy field, according to which it would have consecrated a principle of solidarity capable of producing, in relation to all sectors regulated by the EU, binding effects at the same time on the Member States, the Union and their peoples.

The work reviewed here clearly departs from that orientation starting, first, from the fact that the General Court made that statement only in passing; and, second, from the fact that a role productive of legal effects cannot be attributed to an obiter dictum of that judicial body. It seeks to ascertain whether, and to what extent, a proper course of action could have led to the affirmation of what is claimed to have been enshrined in the aforementioned pronouncement. It does so by paying particular attention not only to the content of this and the case law also relating to different fields that first preceded and then followed it. It considers extensively and in detail, in addition to the doctrine relevant in this regard, the positions that in the most important cases under consideration were taken by the various actors - including, as regards the litigation that reached the Court of Justice, the national judges and the Advocates General - who participated in the procedures that led to the settlement of those cases.

2. An initial reference to the idea of solidarity was made in the Court of Justice's ruling of 18 March 1980 in which it had to rule on the legitimacy of decisions, establishing minimum prices to deal with a crisis, that Article 61 ECSC provided could be adopted. The Luxembourg judges ruled in the affirmative, clearly opposing a grievance by the applicants that the contested decisions were not compatible with the 'general principle of solidarity'.

3. Turning to the problems posed with reference to the EEC, the author characterises the first part of his analysis by well highlighting how the idea of solidarity acquired a prominence, directly of its own, at two different moments: first immediately after the establishment of the Economic and Monetary Union and the operation of Art. 122 TFEU; and, then, after the 2008 financial crisis, brought about by the bankruptcy of Lehman Brothers and the warning of the tightness of the EU budget, forced member states to cope with its repercussions in Europe using resources other than EU resources by concluding an intergovernmental agreement among themselves, the ESM Treaty.

4. On the basis of Article 122 TFEU, which contains a derogation from the prohibition of economic solidarity between Member States established by Chapter 1 of Title VIII of the TFEU, Regulation 407/2010 was adopted, establishing the EFSM, with the possibility of granting limited Union assistance, in the form of loans or comparable acts, to Member States whose financial difficulties could pose a serious threat to the stability of the European Union as a whole.

5. The author noted how the conclusion of the ESM agreement gave rise to an important innovation by establishing a truly autonomous international organisation, endowed with much greater resources than those of the EFSM, intended to provide assistance, again in the form of loans, under strict conditionality designed not to give rise to economic solidarity between Member States, but to preserve the stability of the eurozone. He highlighted how its concurrence with the application of Article 122 TFEU gave rise to interventions that, over time, were intertwined. In particular, he emphasised the effects of EU Regulation 472/2013, adopted on the basis of this article, which provided for enhanced Union surveillance of Member States assisted by the ESM, a duty on the part of the latter to immediately inform the Union institutions and to draw up a draft macroeconomic adjustment programme containing precise social information and submitted to the EU Council for approval. In the opinion of qualified observers, well highlighted by the author, this resulted in a situation that went beyond the ‘Community method’ and gave rise to a ‘Union method’.

6. The work then went on to emphasise the role that the Council of Governors of the European Central Bank, within the framework of its role in the European System of Central Banks envisaged in Article 127 TFEU, has assumed in the face of the difficulties encountered by the Commission, the Council and the European Parliament to transpose the ESM and the solidarity instruments it envisages into the Union system. It adopted a decision in which it set out the basic features of a non-conventional programme of secondary market operations on the public debt securities of states in financial difficulty in the euro area (OMT). In this regard, the author noted that with this decision the Board of Governors gave a sign of bearing in mind the second part of the first paragraph of Article 127 TFEU, according to which the ESCB “shall support the general economic policies in the Union with a view to contributing to the achievement of the objectives of the Union as defined in Article 3 TEU”. It is in line with this, and with the fact that the ECB has been included among the EU institutions and constitutes an instrument of solidarity with the Member States and the entities operating in them, that President Draghi has expressed his willing-

ness to implement the ‘whatever it takes’ OMT programme.

7. Against this determination of the Board of Governors of the European Central Bank and its President, private citizens brought several appeals before the German Constitutional Court, which gave rise to a wide-ranging litigation that saw, first, a preliminary referral by the latter to the Court of Justice, then a reaction to the latter’s Weiss ruling by the Karlsruhe judges and finally a position statement by the Bundestag. A detailed analysis of this litigation, carried out also in the light of the *Europarechtsfreundlichkeit* principle expressed by the BVerfG in the Honeywell/Mangold judgment and the most recent doctrine, has allowed the author to record Germany’s shift from a defence of its constitutional system and from a qualification of the ECB’s acts in question as *ultra vires* (in the sense held by its Constitutional Court) to an understanding of those acts as legitimate, insofar as they are decisive for keeping the economy of the European single market. This could be viewed as a German manifestation of solidarity with the struggling member states that were destined to benefit. The author, however, explains it rather as a novelty concretised by the access to governmental circles of new economists and intellectuals more attentive to the positivity of the European process for Germany, which is an export-oriented country.

8. Moving on from the reference of the idea of solidarity in the frame of the financial crises to that related to different crises, the monograph first carries out a specific reflection on the sphere of asylum, immigration and external border control, noting that in these matters the idea of solidarity is not merely an ‘idea’ but a principle, operating on the basis of specific provisions of primary law, in force in relations between Member States, and destined to be applied equally to third-country nationals. He then analyses the thesis, cited at the beginning, of some authors according to which solidarity would constitute a general principle of Union law, applicable in all matters regulated by it and obligatory for both the Union and the Member States; on the contrary, he considers that it is only capable of producing legal obligations and constituting criteria for judging the conduct of the Member States and European acts when it is embodied in specific provisions of the Treaties. Finally, he

highlights how Article 122 TFEU also came to constitute the basis for the realisation of the broader and more generalised measures that were implemented at the onset of the Covid-19 crisis. It does so by emphasising that this was made possible by the characterisation of that emergency as implying the operation of measures of a symmetrical nature and not intended to provide solidarity to particular member states or subjects.

9. Even in the matter of the protection of workers' social rights, the author analyses the impact that Community case law attributes to the idea of solidarity by coordinating their rights deduced from Article 119 of the Treaty with the freedoms of services and establishment. In this regard, it points out the transition from an initial phase in which the Court of Justice was concerned with establishing a balance between those rights and those freedoms to the assertion made in the *Deutsche Telekom AG* judgment of 10 February 2000. In this judgment, in the context of a qualitative development of the attention paid to the solidarity owed to workers within the Union, the Court of Justice stated that the economic objective pursued by that article "is secondary in nature compared with the social objective referred to in that provi-

sion, which constitutes the expression of a fundamental human right". Recalling this, however, he had to point out that the Court of Justice in subsequent judgments reverted to the "balancing" it had previously held should operate in the matter. However, referring at the same time to criticisms made about them by the European Committee of Social Rights of the Council of Europe, he pointed out well that the Parliament and the Council of the Union, in a certain tune with the content of the *Deutsche Telekom AG* ruling, considered that the Community institutions must check that with respect to workers' rights, considered as fundamental human rights, economic interests, including those inherent in safeguarding the stability of the euro area, can only be **moderately** taken into account.

10. In the author's opinion, these data on the protection of workers furtherly confirm the unreliability of the thesis of those who claim that there is a general principle of solidarity within the framework of the European Union order that applies in relations between the Union, the Member States and the members of their populations. In his opinion, in the different areas of that order there are distinct legal situations that Community case law can only help to detect.

L. F. CARRILLO POZO. *Responsabilidad parental: un estudio de Derecho procesal civil internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 376 p.
ISBN: 9788413973371

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho internacional privado,
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: 10.20318/cdt.2023.7595

1. Comenzaré por decir que, cuando uno termina de leer este libro, no sabe si es una monografía de Derecho internacional privado o de Derecho procesal. Probablemente sea la mejor forma de condensar su riqueza de perspectivas y, por ello, su utilidad. El autor, desde el conocimiento directo de la práctica de los tribunales de familia, ha sabido establecer un permanente *diálogo entre fuentes*, tratando de resolver los problemas concretos que se presentan en los tribunales, reduciendo a lo mínimo imprescindible las exposiciones sobre antecedentes, la narración de los procesos legislativos o la indagación acerca de la *voluntad del legislador* (con frecuencia imputada desde fuera).

2. El tema de la *responsabilidad parental* viene siendo objeto de atención desde hace bastantes años por parte de varias instancias internacionales. Declaraciones de principios y derechos, normas sobre aspectos sectoriales, reglas de conflicto, cauces de cooperación interadministrativa, cauces para el reconocimiento y ejecución de resoluciones y decisiones... que se han ido acumulando hasta configurar un magma en el que sólo al especialista le es dado el privilegio de saber orientarse (*ad ex.*, M.A. LUPOI, *La crisi matrimoniale e genitoriale nello spazio di giustizia europeo: giurisdizione, circolazione delle decisioni e sottrazione internazionale di minori*, Pisa, Pacini giuridica, 2022). En ese panorama, irrumpe el reciente Reglamento europeo 2019/1111, un paso más en la integración del espacio judicial. Pues bien, el libro que ahora reseño ha tenido el acierto de tomarlo como eje básico, auténtico punto de referencia para ir resolviendo las cuestiones que típicamente se suscitan al hilo de los litigios sobre aquella materia.

3. La obra consta de *tres capítulos de extensión desigual*, siendo el primero una breve introducción en la que se presentan las fuentes normativas y en la que fundamentalmente recoge las enseñanzas en clave procesal de la doctrina del TC. Es llamativo -y elocuente de una forma de razonar extremadamente formalista (o sea, muy poco imaginativa)- el escaso uso que, en los tribunales ordinarios, se hace de la jurisprudencia constitucional. El autor recoge la importante sentencia 178/2020 de 14 de diciembre que reconoce a los jueces un amplio margen de interpretación del Derecho positivo, imponiendo al mismo tiempo la tarea de buscar, en cada caso concreto, la solución más ajustada al *interés del menor*. A su juicio, los pronunciamientos de esa resolución ofrecen suficiente margen para legitimar un permanente modelar e incluso eludir las estrictas normas procesales, siempre teniendo como objetivo el logro de ese interés. El tiempo dirá hasta qué punto los órganos judiciales españoles están dispuestos a elevarse por encima de la norma estricta.

4. En el segundo capítulo, se abordan las cuestiones de *competencia judicial internacional*, con una aproximación primero por *tipos de conflictos* y seguidamente por razón de *normas especiales*. Dejando de lado unas páginas iniciales titubeantes y esencialmente prescindibles (MENAS, Brexit), se centra primero en las situaciones que podemos llamar normales, es decir, las que no se insertan en litigios matrimoniales, en donde el concepto de residencia habitual del menor adquiere una importancia determinante. Ciertamente, como afirma, en la vida real los casos difíciles son escasos y, por ello, el desarrollo del tema es bastante

ligero, sistematizando la jurisprudencia española al respecto. Por desgracia, la vida jurídica corre demasiado deprisa y el libro ha quedado sobrepasado por la realidad: el Tribunal de Justicia ha venido a matizar alguno de los pronósticos que se realizaban a propósito de los *cambios de residencia del menor* en el curso de un procedimiento (STJUE 14 julio 2022, C-572/21, CC y VO, ECLI:EU:C:2022:562, comentada por L. IDOT, “Règlement Bruxelles II bis - Articulation avec la Convention de La Haye de 1996”, *Europe*, 2022, nº 10 octubre, comm. 354).

Seguidamente se preocupa de la *coherencia de los pronunciamientos judiciales en casos de crisis matrimoniales* (esta preocupación es una constante, que reaparecerá en el capítulo III). Si, en el Convenio de La Haya de 1996, esto queda más o menos garantizado, merced a la norma de consolidación del art. 10, esto ya no es tan fácil en el ámbito de la UE, quedando en manos del buen hacer de los litigantes gracias a la previsión de una *cláusula de prorrogación de la competencia*. En dos puntos, se despliegan los perfiles más críticos de la obra: primero en este tema, evidenciando tanto la *dificultad de redactar acuerdos de este tipo* en entornos de elevada conflictividad como los *escasos incentivos*, cuando resulta que no se les dota de exclusividad, sin descuidar la sujeción a controles judiciales con una buena dosis de discrecionalidad.

El otro punto en el que se expresa mayor rechazo se refiere a los *mecanismos de transferencia de la competencia* diseñados tanto por la Conferencia de La Haya como la UE. En el análisis de estas normas, se ha descendido al detalle, examinando cuáles son los requisitos de vinculación a los que se subordinan y los mecanismos procesales de puesta en funcionamiento. Es eso lo que le lleva a concluir que estamos, más que nada, ante formas de vender cooperación que tienen más de imagen que de verdadera realización del interés de los menores, habida cuenta los costes en los que tienen que incurrir las partes, las dilaciones que comporta y la inseguridad en cuanto a los resultados finales, toda vez que nada asegura cuál será el resultado del proceso cooperativo.

Por lo demás, se va repasando el funcionamiento concreto de los *restantes criterios de competencia* (el basado en la presencia, las especialidades en caso de secuestro de menores, la prolongación para readaptar el régimen de visitas, los internamientos), con un apunte a la -a su jui-

cio- improbable mediación y a las vicisitudes del desarrollo del procedimiento.

5. Tal vez sea el capítulo III el más procesalista de todos. Lleva razón en que lo crucial no es el reconocimiento sino la *ejecución transfronteriza de las resoluciones*. La puesta en práctica de los pronunciamientos sobre visitas -en particular- tiene una historia de conflictividad real que -en el marco europeo- convenía no reconducir a los esquemas clásicos del *exequatur*, que perviven sin embargo allí donde la confianza recíproca no se despliega con tanta intensidad, esto es, cuando se trate de relaciones entre Estados parte del Convenio de La Haya, como es sabido.

Se van desgranando los aspectos procedimentales, desde la identificación del tribunal territorialmente competente para solicitar el despacho de ejecución hasta la identificación del tipo de proceso idóneo, las actuaciones subsiguientes, práctica de la notificación, reclamación de traducciones, formulación de la oposición, las dificultades de identificación del momento en que se realizan actos ejecutivos y la ejecución de las decisiones. No voy a resumir el libro, es claro; pero, a mi juicio, sí que merece la pena detenerse en cinco puntos muy bien trabajados: el compromiso de la idea de *coherencia global*, en tanto en cuanto la doble velocidad inherente al doble sistema de ejecución permite que las decisiones sean inmediatamente ejecutadas sólo en parte; en el mismo sentido, las *lagunas de protección* a que llevan normas como la denegación de la ejecución basada en la inconciliabilidad de resoluciones o la ejecución parcial, toda vez que permiten que, en el foro, no exista una organización completa de la protección del menor; la *confrontación de las normas reglamentarias con los formularios*, en la medida en que permite desmontar alguna idea fuerza del Reglamento Bruselas II ter, que nos coloca más en esa propaganda institucional de la que se hablaba antes que en la protección del interés del menor (es así como se comprueba que la sacrosanta audiencia al niño se convierte en algo más teórico que real, imposible de controlar en el Estado de ejecución); las *posibilidades de eludir el mecanismo de prevalencia* en supuestos de secuestro mediante la simple invocación de una norma u otra para justificar la denegación del retorno; la *inadaptación a la ejecución de decisiones en materia de familia del sistema de la LEC*, que conduce al empobrecimiento del núcleo familiar.

Si algo hay que reprochar, es la escasa atención que se presta en este bloque tanto al Convenio de La Haya de 1996 como al régimen autónomo de eficacia transfronteriza de decisiones. Ciertamente es que han sido objeto de bastantes estudios, pero no desde la perspectiva que adopta el autor, con lo que se ha perdido la ocasión para colmar una *laguna lacerante* en la literatura jurídica española.

6. En resumen, bienvenido sea este esfuerzo de aproximación concreta al sistema procesal desde los esquemas internacionalprivatistas. Es lo que cabía esperar de uno de los más brillantes juristas de la actual doctrina española de Derecho interna-

cional privado. Gracias a su esfuerzo, el lector encontrará un mapa para orientarse en esta maraña que es el Derecho internacional privado español y respuestas a los interrogantes suscitados por la puesta en funcionamiento del Reglamento Bruselas II ter, en particular (eso sí, sin conclusiones finales al uso, según la costumbre del autor).

7. Permítaseme, por último, sumarme al recuerdo a JOSÉ GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS, a quien va dedicado el libro. Quienes tuvimos la bendita oportunidad de tratarlo comprendemos mejor que nadie el sentido de cada una de las palabras empleadas en la dedicatoria.

G. MORENO CORDERO. *Validez de las resoluciones civiles y canónicas sobre crisis matrimoniales entre España y Colombia: una visión renovada*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, 336 pp.

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

DOI: 10.20318/cdt.2023.7596

1. El estudio debido a Gisela Moreno Cordero constituye un profundo análisis de una realidad de Derecho internacional privado en las relaciones entre España y Colombia. Es frecuente en el ámbito práctico y académico que los flujos de personas entre dos países sean analizados, exclusivamente, desde la perspectiva del Derecho administrativo, esto es, desde el prisma del Derecho de extranjería. No cabe duda de que dicha óptica de estudio es fundamental. Sin embargo, esta realidad migratoria genera también, de modo inevitable, una plétora de cuestiones de puro Derecho internacional privado. Desde sucesiones *mortis causa* a propiedad de bienes inmuebles pasando por matrimonios, filiaciones, regímenes económicos y todo tipo de aspectos de Derecho Privado. Pues bien, entre tales cuestiones descolla con particular energía todo lo concerniente a la libre circulación de decisiones relativas a la disolución y nulidad del matrimonio. Porque con frecuencia las personas contraen matrimonio en un país y se trasladan a vivir a otro país. Se divorcian en un país y posteriormente instalan su residencia habitual en otro y así sucesivamente: las combinaciones son casi infinitas en el fascinante paisaje del Derecho internacional privado.

2. Este libro se centra en ese particular flanco de Derecho internacional privado en las relaciones entre España y Colombia que es la circulación, entre España y Colombia, de las resoluciones dictadas en relación con la nulidad del matrimonio, la separación legal y el divorcio. El acierto más destacado de esta monografía radica precisamente en eso: el análisis desplegado por la autora constituye un examen de puro Derecho internacional

privado. Un trabajo hecho con las herramientas heurísticas del Derecho internacional privado y desarrollado desde la atalaya de los valores del Derecho internacional privado cuya lectura es un placer para los juristas devotos de esta esotérica pero fascinante rama del Derecho.

3. La obra de Gisela Moreno Cordero aparece dividida en tres capítulos. Se abre la monografía con un primer capítulo dedicado, en realidad y pese a su título general, al estudio analítico del Convenio celebrado entre España y la República de Colombia, para el cumplimiento de las sentencias civiles dictadas por los Tribunales de ambos países, hecho en Madrid el 30 mayo 1908 (Gaceta de Madrid de 18 abril 1909).

El segundo capítulo procede al estudio de los casos no cubiertos por el ámbito de aplicación del citado convenio hispano colombiano. Entre tales casos se encuentra, a juicio de la autora, un grupo de supuestos en los que una resolución que no podría lograr el reconocimiento y/o *exequatur* de la resolución con arreglo al convenio, sí lo podría alcanzar en sintonía con las normas de producción interna del Estado requerido. En segundo lugar, se hallan ciertas resoluciones excluidas del convenio citado *ratione materiae*, como son las resoluciones pronunciadas o intervenidas por autoridades no judiciales.

El tercer capítulo de esta monografía ofrece un seductor análisis de la eficacia extraterritorial de las resoluciones de nulidad matrimonial dictadas por los tribunales eclesiásticos en el marco de las relaciones España - Colombia.

Entrar en el estudio de este convenio bilateral supone penetrar en un universo especial. Este con-

venio bilateral, como todos los convenios internacionales bilaterales de *exequatur*, dispone de sus propios fundamentos, de sus propios valores, utiliza sus propias técnicas reguladoras y herramientas e, igualmente, persigue sus propios objetivos. En consecuencia, este convenio constituye un círculo jurídico propio dentro del mundo del Derecho internacional privado español y colombiano, como bien indica la autora en páginas 31-26. Un convenio que busca favorecer la vida internacional de las personas que se desarrolla entre España y Colombia.

Estudiar y analizar este convenio bilateral supone emprender un viaje en el tiempo y en el espacio. El convenio traslada a todo operador jurídico al año 1908, un momento en el cual no han transcurrido todavía ni siquiera cien años desde la Independencia de Colombia. Preciso resulta recordar que Colombia fue independiente en modo federado con Ecuador y Venezuela bajo la forma de la “Gran Colombia”. Sin embargo, en 1830 la Gran Colombia se disgrega y el antes virreinato de Nueva Granada se convierte en un nuevo país que desde 1863 se denomina, simplemente, Colombia, en honor al Gran Almirante Cristóbal Colón, descubridor de América.

En ese contexto espacial y temporal es claro que el convenio persigue dar cuerpo a un sistema que beneficie a las personas que quedaron atrapadas en ese momento entre España y Colombia. Se trata, así, de que tales sujetos puedan circular con mayor facilidad entre ambos países gracias a un modelo de reconocimiento y *exequatur* de sentencias de separación legal, nulidad y divorcio que resulta sencillo y veloz. En este sentido, muy interesantes son las reflexiones de la autora en páginas 122-129,0 porque la política no debería afectar a las relaciones entre los individuos, a las relaciones jurídicas de Derecho privado. Porque las personas no son responsables de la actividad de los políticos y de los gobiernos. En cierto sentido, la independencia de Colombia debería perjudicar lo menos posible al normal desarrollo de la vida internacional de las personas que tienen conexiones con España y Colombia.

Este convenio bilateral hispano-colombiano es hijo de su tiempo, tal y como afirma la autora en páginas 281-2294, en sus conclusiones. Se trata de un convenio que, se dice, se ha quedado antiguo. Es cierto que 1908 es un momento ya muy lejano. Por eso también este convenio representa un profundo viaje temporal, en el sentido de que, como sugiere la autora en toda su obra y particu-

larmente en páginas 177-200, es necesario realizar una lectura actualizada del convenio en espera de su denuncia y/o de su actualización.

Como es bien sabido, el convenio hispano-colombiano es el tercer convenio bilateral de reconocimiento y *exequatur* firmado por España. El primer fue el Convenio entre la España y la Cerdeña para el recíproco cumplimiento de las sentencias ó acuerdos expedidos por los Tribunales de ambos países en materia civil ordinaria y comercial, firmado en Madrid en 30 de Junio de 1851 (Gaceta de Madrid núm. 6248, de 22 agosto 1851). El segundo fue el Tratado sobre ejecución de sentencias en materia civil y comercial entre España y Suiza, hecho en Madrid el 10 noviembre 1896 (Gaceta de Madrid de 9 julio 1898).

A pesar de que se trata de convenio anticuado visto desde la óptica del siglo XXI, -un convenio que resulta obsoleto y técnicamente deficiente-, debe subrayarse que este convenio tiene un mérito insoslayable. En efecto, este convenio constituye un punto positivo en la siempre veleidosa y asistemática política convencional española en el sector de la circulación internacional de decisiones de Derecho privado. Por ello, como bien apunta la autora en páginas 31-34, es un lástima que no se hayan firmado más convenios bilaterales con países de Hispanoamérica.

4. En este sentido la obra es interesante, sugerente, atractiva e incluso seductora porque se mueve de manera correcta, cabal y apropiada entre los muros de este universo jurídico particular hispano-colombiano. Se trata, en realidad, de un “mini convenio de reconocimiento y *exequatur*”. Sus sólo cuatro artículos contienen el régimen jurídico de la circulación de sentencias entre España y Colombia pronunciadas en materias de Derecho privado. Pues bien, cuanto más breve y contenida es la letra de la ley, más larga y frondosa resulta ser la interpretación de la misma. Cuanto menos habla el legislador, más hablan los tribunales. Ley y jurisprudencia se complementan como un sistema perfecto de dos soles que se desliza por el tiempo en favor de la vida internacional de los particulares. Por eso, esta obra acierta, de nuevo, al proyectar su foco sobre la labor jurisprudencia española y colombiana, como se puede apreciar en particular, en páginas 129-139.

5. Crear un universo jurídico a partir de un coto cerrado de cuatro artículos que actúan como

cuatro estrellas de una misma constelación es un arte. El jurista del siglo XXI debe operar dentro de los límites de este convenio y con los mecanismos que éste contiene. Y aquí radica una de las paradojas más llamativas del mundo jurídico. El convenio lo elabora un sujeto, el legislador, que, en este caso, es la conjunción del legislador español y del colombiano. Sin embargo, ese mismo texto lo interpreta otro sujeto diferente, que son los jueces y tribunales de ambos países. Esto significa que, en realidad, el legislador no interpreta ni aplica su propio texto. Lo hacen los tribunales de Justicia. Ello, lejos de ser un inconveniente, opera como una ventaja hermenéutica, pues los tribunales están atentos a la vida cotidiana de las personas y pueden considerar los detalles de cada caso. Esta doble fase de creación y aplicación del convenio favorece claramente una interpretación evolutiva del convenio bilateral.

6. Por otro lado, hay que tener en cuenta que este convenio bilateral esta es una norma de Derecho español y también de Derecho colombiano. Por ello, puede dar lugar a interpretaciones colombianas del Tratado, por una parte, y a interpretaciones españolas del Tratado por otra. Por este motivo, a pesar de que el texto del tratado es el mismo, es posible que existan dos visiones del mismo al mismo tiempo, una a cada orilla del Atlántico. Esto se detecta en varias partes de la obra, quizás las más creativas de la misma, como la que aborda el control de la ley aplicada como condición del *exequatur*. En España, ante el silencio del convenio, dicho control no se practica. En Colombia, sin embargo, los tribunales proyectan los arts. 163-164 del Código civil de dicho país. De este modo, no se concede ejecución en Colombia a las sentencias españolas que no siguen las causas de divorcio contempladas en la Ley colombiana para los casos de divorcios que, con arreglo a las normas de conflicto de dicho país, debían haber quedado sujetos al Derecho colombiano. El análisis de la cuestión, con exhaustivo control de la jurisprudencia, lo lleva a cabo de manera excelente la autora en páginas 84-101.

Y es que para un jurista español, este convenio de cuatro artículos es Derecho español y debe ser interpretado leído y entendido en sintonía con los criterios de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados hecha en Viena el 23 de mayo de 1969 (BOE núm. 142 de 13 junio 1980) y del art. 3 del Código Civil español, porque este

convenio es Derecho español. Para el Derecho colombiano, sin embargo, este convenio es Derecho colombiano y las autoridades y tribunales colombianos utilizarán otros criterios hermenéuticos de entendimiento del texto legal, otros criterios de interpretación los propios del Derecho colombiano.

7. El libro se detiene correctamente en el examen de los requisitos o condiciones del reconocimiento y *exequatur*, en especial, en páginas 36-122, un auténtico núcleo duro de este estudio. Aquí, -y cuándo no en Derecho-, el uso de las palabras es nuevamente importante. La palabra “condiciones”, empleada en esta obra con frecuencia, y la palabra “requisitos”, que es la que utiliza el art. 1 del convenio bilateral, reflejan una línea precisa de política jurídica. El convenio es hijo de su época. A comienzos del siglo XIX, la circulación internacional de resoluciones se considera una cuestión que afecta a la soberanía del Estado. Ello significa que, en general, reconocer y sobre todo ejecutar una sentencia extranjera es darle validez y eficacia ejecutiva en el territorio de otro Estado. Es un acto de cesión de soberanía, porque todas esas actividades afectan a la soberanía territorial del Estado de destino de la resolución. En tal perspectiva, debe destacarse que decir que la regla general de la que arranca este convenio que es la misma de la que partían la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 y su sucesora de 1881: visto que la ejecución de sentencias extranjeras afecta al Estado de destino, la regla general es que las resoluciones extranjeras no se ejecutan en el territorio del Estado. La regla especial es la contraria: sólo si concurren ciertas “condiciones” o “requisitos” es entonces posible la ejecución en España de una sentencia extranjera. Los convenios internacionales operan como una mejora de ese sistema de reconocimiento y *exequatur*. Tratan de fijar un cuadro de condiciones que, si son cumplidas por la resolución extranjera, permiten su ejecución en el territorio del Estado de destino de modo más favorable del previsto en la legislación de producción interna. En tal sentido, el art. 1 del convenio fija una serie de “requisitos”. Este planteamiento, hoy día, resulta antiguo y superado. En el marco del Derecho europeo, efectivamente, las resoluciones dictadas en los Estados miembros entre los mismos y sólo excepcionalmente son detenidas si concurre algún motivo de denegación del reconocimiento o ejecución (art. 45 RB I-bis). En el convenio de 1908

entre España y Colombia era ya un avance significativo contar con una serie de condiciones precisas que aseguran la ejecución de la resolución.

8. El convenio se fija fundamentalmente en la ejecución de las resoluciones más que en su reconocimiento. El texto, pues, fue diseñado más bien para cumplir el fallo dictado en una resolución colombiana en España y viceversa, más que para invocar el efecto de cosa juzgada en ambos países. Ello hace surgir la duda de saber si las resoluciones de nulidad matrimonial, separación legal y divorcio se pueden ejecutar en sentido propio o más bien son objeto de actos impropios de ejecución, como su inscripción en el Registro Civil. La autora trata estas cuestiones con solvencia en páginas 161/176.

9. Como antes se ha indicado, el sistema de condiciones - requisitos contemplado por el convenio debe ser más favorable que el establecido en las normas de producción interna del Estado de destino. En caso contrario, el convenio pierde su efecto útil. No tendría ninguna razón de ser la existencia de un régimen privilegiado para obtener el *exequatur* en España de una sentencia colombiana que fuera más estricto, rígido y exigente que el régimen fijado en la Ley de Enjuiciamiento Civil que en aquel momento estaba en vigor en España. Ahora bien, el viaje en el tiempo continúa. El Derecho evoluciona con nuevos actos legislativos constantes. En la actualidad, el sistema español de reconocimiento y *exequatur* se contiene en una ley elaborada en el año 2015 y que contiene criterios favorables para la ejecución de sentencias extranjeras. Ello contrasta con un régimen que ahora puede resultar restrictivo a la hora de reconocer sentencias colombianas en España y viceversa. La cuestión radica, pues, en cómo otorgar efecto útil a unas normas que antes quizás favorecieran la ejecución de sentencias entre España y Colombia, pero que hoy podrían entorpecer tal ejecución. La solución, sugerida de modo intenso por la autora en páginas 34-121, parece clara. Se trata de eliminar un presupuesto axiológico que estuvo presente en el convenio elaborado en 1980: el hechizo de la soberanía del que tanto escribió F.K. JUENGER (F.K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht - Boston - London, 1993, pp. 89-91). En el convenio bilateral, la soberanía está siempre presente como un sortilegio oscuro

situado tras cada una de sus normas. Esa sombra contamina una cuestión que, en realidad, afecta directamente a los derechos de los particulares. Si el jurista de la tercera década del siglo XXI elimina la visión soberanista del convenio, éste puede ser interpretado de modo que favorece la circulación de las sentencias entre España y Colombia.

10. La presente monografía lleva a cabo también un análisis de los divorcios notariales (páginas 201-226). Del mismo modo, se explora la incidencia que la aplicación del Reglamento Roma III (páginas 129-134) que afecta a la cuestión de saber si las sentencias dictadas en España y que aplican Derecho sustantivo español al divorcio, a la separación legal y a la nulidad matrimonial pueden encontrar problemas de ejecución en Colombia. Merece también destacarse el estudio que la autora realiza, ante la parquedad de la letra del convenio, del sistema seguido por el mismo en relación con la Ley reguladora de los efectos legales que una sentencia dictada en España surte en Colombia y viceversa. La autora apuesta por la tesis de la extensión de los efectos en páginas 161 y 162. Ello es, de nuevo, un ejemplo de interpretación evolutiva del convenio en defensa de su efecto útil.

11. En definitiva, se trata ésta de una obra muy bien escrita, con un uso elegante del idioma castellano, con un flujo constante de ideas relativas a la implementación práctica de este convenio bilateral y que, además, presenta un manera de comunicar resultados que puede ser calificada, sin duda, de brillante y atractiva.

12. Este libro tiene el gran mérito de poner encima de la mesa la existencia y la aplicación de un convenio bilateral que es como una sirena que nació en 1908 en el Atlántico y que todavía nada entre ambas orillas y que puede, y debe, hacerlo con un nuevo vigor que es el que le proporciona una interpretación creativa y funcional de su texto. Esta obra recuerda al lector que la misión de todo jurista, más que inventarse normas o decirle al legislador lo que tiene que hacer, radica en proporcionar una interpretación operativa y útil a un texto legal que sí, es deficiente, parco en palabras y preceptos y se muestra ya obsoleto, pero que puede todavía ofrecer resultados prácticos interesantes. Porque el convenio está en vigor y es de aplicación imperativa en España y en Colombia.

13. La autora de esta obra cumple, con perfecta eficacia y brillante utilización de las herramientas hermenéuticas para la implementación correcta de este convenio, la misión que el buen jurista tiene encomendada: explorar los detalles de las normas jurídicas y estar atento a los valores superiores del Derecho para poder ofrecer una in-

terpretación beneficiosa, para los particulares, de un texto legal obsoleto, técnicamente deficiente y excesivamente breve. Muy bienvenida, pues, sea esta nueva aportación llena de matices sutiles y de sugerencias vigorosas, al escenario académico del Derecho internacional privado español y colombiano.

FRANCO MOSCONI / CRISTINA CAMPIGLIO. *Diritto internazionale privato e processuale, vol. 1, Parte generale e obbligazioni*, 10ª ed., Utet Giuridica, Manuali universitari, Milano, 2022, 608 pp.
ISBN: 8859824923

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

DOI: 10.20318/cdt.2023.7597

1. Llega la décima edición de un libro que ya puede considerarse un clásico. Y, ¿qué es un clásico? Un clásico es aquello que no se puede hacer mejor. Se trata de una décima edición que no constituye una mera actualización de materiales anteriores, sino una obra notablemente rejuvenecida y modernizada. Este libro contiene un desarrollo completo de la tradicional “parte general” del Derecho internacional privado y dos capítulos dedicados a las obligaciones contractuales y extracontractuales, respectivamente. El texto aparece redactado sobre la base de dos fuentes legislativas: la Ley 218/1995, -que contiene las normas italianas de Derecho internacional privado-, y el Derecho internacional privado de la Unión Europea (“*Diritto unionale*”). Y es sobre esas dos columnas de normas jurídicas sobre las que el lector aprenderá el mejor Derecho internacional privado.

Para el Derecho internacional privado italiano, la ley 218/1995 supuso un auténtico renacer de la disciplina en el país que es la auténtica cuna del Derecho internacional privado. Este impacto se mantiene todavía hoy, a casi treinta años de la aprobación de dicha Ley. Se abandonaron las normas de Derecho internacional privado de las *preleggi* al Código civil italiano, -un cauce demasiado estrecho para un río grande que no para de crecer, el Derecho internacional privado-, para encapsular la disciplina, de un modo sistemático y ordenado, en una “ley especial”, la ley 218/95. Esta obra procede, en buena medida, a explicar ese nuevo Derecho internacional privado italiano. Sin embargo, junto a dicho análisis, la obra procede a explicar el Derecho internacional privado europeo (*unionale*), que todo lo invade. Para el operador jurídico europeo, el conocimiento de

este nuevo Derecho internacional privado de la Unión Europea constituye un deber imperativo, una exigencia de la razón y de la práctica. Se hacer real, así, el sueño de F.K VON SAVIGNY, un Derecho internacional privado único y común para (casi) toda Europa, que antes fue también el sueño de los grandes estatutarios italianos, como BALDO DE UBALDIS y BARTHOLO DE SASSOFERRATO.

La obra presenta una explicación magníficamente escrita que emplea dosis muy adecuadas de ley, jurisprudencia y doctrina. De hecho, se cierra el volumen con un utilísimo índice de todas las decisiones judiciales citadas en el texto. Es la primera edición que no cuenta con la firma, en su prólogo, de FRANCO MOSCONI, tristemente desaparecido el 18 marzo 2021.

2. Tras un primer capítulo introductorio, -que contiene las nociones básicas de la disciplina y cuya lectura en un italiano rico y armonioso resulta un placer para todos los sentidos-, la obra se interna en la regulación de la competencia internacional (*giurisdizione internazionale*) en el Reglamento Bruselas I-bis y en la ley 218/1995. El Capítulo tercero se dedica a exponer el funcionamiento de la norma de conflicto de leyes los típicos problemas de aplicación de la misma. Es éste uno de las más brillantes partes del libro. Para los estudiantes y también para los prácticos del Derecho, el Derecho internacional privado se muestra como un sector jurídico realmente exótico, extraño, casi esotérico, cuyas normas pueden conducir a la aplicación de leyes extranjeras. Ese fenómeno necesita una explicación racional y razonada. Pues bien, el texto presenta vetas de madera noble cuando aborda la esencia del Derecho

internacional privado. Por ejemplo, tras un razonamiento basado en el valor de la certeza del Derecho y de la armonía internacional de soluciones de Derecho internacional privado, en la página 219 *in primis* se encuentra una reflexión sobre el análisis económico de la norma de conflicto (“*suggestiva tesi recentemente espressa*”) con arreglo a la cual la ley aplicable a las situaciones privadas internacionales debe ser aquella que comporta los costes más reducidos para los particulares implicados. Otro ejemplo es la brillante exposición del unilateralismo introverso y extroverso en páginas 222-223, así como la distinción entre normas de conflicto de leyes facultativas e imperativas (páginas 223-226). No menos fascinantes son los párrafos dedicados al respeto que la norma de conflicto nacional debe a la Constitución, al Derecho de la Unión Europea y a las normas internacionales que regulan los derechos humanos, tema resbaladizo donde los haya. Del mismo modo, las páginas que se dedican a mostrar las diferencias entre criterio de conexión y foro de competencia internacional permiten comprender de manera sencilla el funcionamiento nuclear del Derecho internacional privado. Dos aspectos relativos a la norma de conflicto reciben un tratamiento realmente profundo: el reenvío y el orden público internacional. Son ampliamente conocidos los espléndidos estudios de la Profesora CRISTINA CAMPIGLIO sobre el reenvío (*vid. C. CAMPIGLIO, “Versatilità e ambiguità del meccanismo del rinvio”, Rivista di Diritto internazionale privato e processuale, 2010, pp. 367-382*) así como los desarrollos del profesor FRANCO MOSCONI sobre el orden público internacional (*vid. F. MOSCONI, “Qualche considerazione sugli effetti dell’eccezione di ordine pubblico”, Rivista di Diritto internazionale privato e processuale, 1994, pp. 5-14, así como el muy sugestivo F. MOSCONI, “Exceptions to Operation of Choice of Law Rules”, Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye, 1989, vol. 217, pp. 9-214*). La obra se muestra excelente, ponderada y seductora sobre ambas figuras. En particular, por lo que se refiere al orden público internacional en las páginas 312-314, se exponen dos aspectos sumamente cautivadores. En primer lugar, la incidencia de los derechos fundamentales y de los derechos humanos en la conformación del contenido del orden público internacional. En segundo lugar, la evolución jurisprudencial de la noción de orden público internacional. En este concreto punto, el libro se detiene en la conocida «teoría constitucio-

nal del orden público internacional», sumamente debatida en Italia. La culpa es, naturalmente, de la *corte di cassazione* italiana, que afirmó hace unos años que (sentencia de 30 septiembre 2016) que los principios jurídicos que integran el orden público internacional italiano deben ser buscados y encontrados, exclusivamente, en la Constitución italiana, en el Derecho de la Unión Europea y en el convenio europeo para la protección de los derechos humanos de 4 noviembre 1950. A partir de ese momento, una tormenta perfecta se desató en la doctrina transalpina. Según la *cassazione*, por tanto, una ley extranjera que contiene una regulación que podría haber sido adoptada por el legislador italiano dentro del marco de la Constitución italiana, nunca podría ser considerada como contraria al orden público internacional italiano. Esta posición comportaba una consecuencia de extrema importancia: los principios que forman parte del orden público internacional no podían ser extraídos de las leyes elaboradas por el legislador ordinario. Las ventajas de esta posición constitucionalista pura eran claras: seguridad jurídica y carácter muy restrictivo del orden público internacional. Los productos jurídicos extranjeros penetrarían con mayor facilidad en Italia. Sin embargo, como muy bien explican los autores, la misma *corte di cassazione* corrigió su criterio en las sentencias 5 julio 2017 y 8 mayo 2019. Y es que, como muy bien se explica en el texto, el Derecho está siempre en continua evolución y el legislador ordinario puede elaborar nuevas leyes inspiradas en nuevos principios fuertes del ordenamiento jurídico italiano que son desarrollo de la misma Constitución: «*valori promossi attraverso la legislazione ordinaria e la giurisprudenza: la legislazione ordinaria rileva in quanto strumento di attuazione dei valori consacrati dalla Costituzione.....*». En suma: el orden público vuelve a concebirse como un instrumento elástico, variable, ese poliedro de geometría variable que siempre está atento para proteger y defender los valores jurídicos intocables sobre los que se edifica la convivencia en el Estado del foro. Detrás de todo ello yace el hecho de que la Constitución no es una norma de Derecho internacional privado, sino un consenso social sobre valores jurídicos a partir del cual el legislador ordinario elabora el ordenamiento legal. El legislador ordinario es libre y es dinámico cuando implementa la Constitución.

3. El capítulo V se dedica al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras tanto

bajo el régimen de la Unión Europea como bajo la ley 218/95. El Capítulo VI se dedica a las obligaciones contractuales y el Capítulo VII contempla las obligaciones extracontractuales. Especial atención se presta a la promesa unilateral y a la promesa de pago al público (pp. 524-525). Según algunos autores, particularmente los germanos (*vid. U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (EDS.), Rome II Regulation: Commentary*, Köln, O. Schmidt, 2019), la determinación de la Ley aplicable a esta institución debe ser realizada, exclusivamente, conforme al Reglamento Roma II. Ella explicación reside en el hecho de que las obligaciones que derivan de la promesa al público están cubiertas por la noción de obligaciones contractuales que emplea el citado Reglamento. Sin embargo, FRANCO MOSCONI y CRISTINA CAMPIGLIO dudan de que pueda considerarse una „obligación contractual“ aquella que nace sin contrato, sin un „*accordo dei contraenti, connaturato alla nozione di contratto comune agli Stati membri*“. En tal caso, “*l’art 58 mantiene insomma la propria operatività*”. Aparte lo sugestivo del planteamiento, los autores muestran aquí un matiz de rebeldía romántica italiana: en el mundo del Derecho internacional privado no todo tiene que quedar regulado, absorbido y cubierto por el Derecho de la Unión Europea. El Derecho internacional privado italiano se resiste a ser opacado por el Derecho internacional privado europeo. Hay que resistir, somos miembros de la Alianza Rebelde, hay que proclamar que la ley 218/95 todavía tiene un ámbito propio y un efecto útil en ciertas materias. Porque al fin y al cabo, el Derecho inter-

nacional privado es una disciplina jurídica nacida en Italia y eso no debe olvidarse jamás.

4. Existen excelentes manuales de Derecho internacional privado en todos los países europeos. La manualística debe ser reivindicada, porque con frecuencia, y éste es un perfecto ejemplo de ello, los manuales de Derecho internacional privado no son, simplemente, texto docentes para estudiantes *teenagers*. Son crisoles de años y años de estudio, ejemplos de cómo condensar con maestría la explicación de un completo sistema de Derecho internacional privado. Este libro es un manual de Derecho internacional privado pero, al mismo tiempo, es mucho más que un manual de Derecho internacional privado. En este caso, la obra es heredera de la magnífica aportación de EDOARDO VITTA, *Diritto internazionale privato* (tres volúmenes), UTET, Torino, 1973. Este impresionante texto fue transformado en otro más reducido (E. VITTA, *Diritto internazionale privato e processuale*, 3ª ed., Torino, UTET, 1989). Debe decirse que, a pesar de contener muchas menos páginas, la obra de 1989 mantuvo intacta su altísima calidad. Posteriormente, nació la obra ya firmada por EDOARDO VITTA y FRANCO MOSCONI y posteriormente, solamente por éste último. Desde hace ya varios años, la obra ha sido escrita por FRANCO MOSCONI / CRISTINA CAMPIGLIO. Ambos autores han sabido preservar la esencia de una obra imperecedera y añadirle sabrosas especias traídas del futuro, de la sociedad digital del siglo XXI para lograr, así, una síntesis perfecta y refinada del mejor Derecho internacional privado.

NURIA MARCHAL ESCALONA. *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2022, 214 pp.
ISBN 9788411249089

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

DOI: 10.20318/cdt.2023.7598

1. Muy oportuna resulta esta equilibrada aportación debida a la profesora Dña. NURIA MARCHAL ESCALONA sobre un tema que no sólo reviste actualidad y máximo interés por parte de los operadores jurídicos, sino que encaja a la perfección con los caracteres de una sociedad líquida en constante, veloz e imprevisible movimiento como es la sociedad de la tercera década del siglo XXI.

2. Arranca este libro con un análisis detallado y certero de la configuración legal del divorcio no judicial en el Derecho español y en el Derecho de otros países. En particular, por lo que se refiere al Derecho español, se analiza el divorcio ante notario, una realidad ya cotidiana en la práctica jurídica española actual.

3. El examen del divorcio notarial en Derecho español es más que correcto y pone de relieve que el notario es una “autoridad” en el sentido europeo del término y a los efectos del Derecho internacional privado de la Unión Europea. Precisamente por eso, los notarios, como bien describe la profesora NURIA MARCHAL, deben aplicar las normas de competencia internacional de las autoridades fijadas por el Derecho de la Unión Europea y en su defecto, del Derecho español. Es cierto, como subraya la autora, que la labor no es sencilla, pues el notario, igual que el juez, debe aplicar todo un conjunto de normas de competencia internacional según sea el aspecto jurídico del divorcio que se considere, como son las relativas a la disolución del vínculo matrimonial o las que afectan al régimen económico matrimonial y a los alimentos. El estudio se detiene con fruición en los casos de plurinacionalidad de los cónyuges en el ámbito

de la competencia internacional y en la competencia interna (territorial) del notario español. En la planta noble del Derecho internacional privado ubicada en el capítulo III de la obra, -los conflictos de leyes-, la autora ofrece un análisis pormenorizado del Derecho aplicable a la misma disolución del matrimonio y a las cuestiones conexas a dicha disolución. El Capítulo IV del estudio se dedica a la eficacia extraterritorial del divorcio no judicial, cuestión hoy día contemplada por los instrumentos legales de Derecho europeo vigentes en el sector y en particular, por el Reglamento Bruselas II-ter 2019/1111.

4. Algunos aspectos particulares de esta obra deben ser positivamente destacados. El examen de los casos de intervención del orden público internacional y de las cláusulas de no aplicación de plano del Derecho extranjero (arts. 10 y 12 RR-II) resulta claro y certero. Con todas las dificultades que comportan, los aspectos relativos a los llamados “conflictos internos” en España también aparecen muy correctamente deslindados. La pereza e ignorancia del legislador español ponen contra las cuerdas al especialista de Derecho internacional privado. Sin embargo, la profesora MARCHAL sigue en las páginas 132-134 un criterio práctico que, al margen de las innumerables posiciones doctrinales que existen en el escenario académico, permite solventar estas espinosas cuestiones mediante una adecuada combinación, según los casos, de los criterios “residencia habitual directa” y “vinculación más estrecha”. Más dificultades presenta la cuestión de la prueba del Derecho extranjero aplicable, en su caso, al divorcio notarial. No es que este libro carezca de soluciones:

la cuestión reside en que el legislador español, de nuevo holgazán y también inconsciente, no sabe qué modelo de prueba es mejor seguir en Derecho español. Ello afecta de modo directo a la prueba del Derecho extranjero en sede notarial. Es cierto que dicha prueba resulta más flexible en el ámbito notarial que el judicial pero un escalofrío recorre al jurista cuando debe admitir que si las partes no prueban el Derecho extranjero, ni juez ni notario tienen la obligación de probarlo de oficio. Las normas de conflicto europeas están, así, sujetas a una inseguridad aplicativa que puede minar, y de hecho mina y perjudica, su efecto útil. Con la soberanía procesal hemos topado, querido lector, puesto que ningún instrumento legal europeo ha implementado un sistema obligatorio de prueba del Derecho extranjero, ya que se estima que dicha cuestión pertenece al ámbito soberano de cada Estado. Los poderes de las autoridades de cada Estado miembro, y especialmente de los tribunales de Justicia, también para probar el Derecho extranjero, sólo los puede definir cada Estado miembro. El Derecho procesal se resiste a su europeización, particularmente, en lo que se refiere a la prueba del Derecho extranjero. La Unión Europea no puede decir a los jueces y notarios de los Estados miembros qué es lo que deben o no deben probar y cómo. Es, sin duda, una espina en el costado del entero sistema europeo de Derecho internacional privado.

5. Un interés muy relevante presentan las páginas que la autora dedica a la libre circulación, internacional y europea, del divorcio no judicial (páginas 139-184). Los sistemas jurídicos nacionales se comunican con mayor intensidad cuando se trata de recibir los productos jurídicos creados por autoridades de otros países. Las diferencias entre los ordenamientos jurídicos nacionales no deben suponer un obstáculo a la libre circulación de divorcios, judiciales y no judiciales, en el panorama internacional. Es, sin duda, el modelo francés, el modelo que ha seguido el legislador europeo: un divorcio sin foro, un divorcio sin juez, un divorcio sin autoridad. Basta la intervención de los abogados, que no son una autoridad. La quintaesencia del Derecho de Familia contractual de nuestros tiempos ha llegado a la Unión Europea. Y es que el Derecho de Familia institucional se evapora rápidamente y deja paso a un Derecho de Familia contractual. Hay que decirlo ya: es un divorcio por contrato y en los contratos, los prota-

gonistas son las partes, no las autoridades. En este contexto, el art. 68 RB II-ter permite dar efectos en los Estados miembros a los documentos públicos formalizados o registrados, y a los acuerdos que hayan sido registrados en un Estado miembro. Ello potencia la libre circulación de los acuerdos privados de divorcio celebrados con arreglo al Derecho de un Estado miembro, siempre que consten en documento público o que el acuerdo haya sido registrado oficialmente en el Estado miembro de origen. El Reglamento Bruselas II-ter ha cruzado el Rubicón cogido del brazo del legislador francés y ha proclamado a los cuatro vientos lo que ya todo el mundo sabe: que el divorcio sin juez, sin foro y sin autoridad debe circular por toda la Unión Europea aunque en el Estado miembro de destino no exista dicho “divorcio sin autoridad”. Lo que NAPOLEÓN BONAPARTE no consiguió lo logrará el art. 229 del *Code civil* francés: conquistar Europa aunque no con las armas, sino con los divorcios privados a la francesa.

6. Una cuestión de extraordinaria relevancia afecta al tratamiento jurídico, en el Reglamento Bruselas II-ter, de los divorcios privados en los que no interviene autoridad alguna: la cuestión de saber si tales divorcios surten efectos en otros Estados miembros sin control alguno de la competencia del Estado miembro de origen. Como es bien sabido y conocido, sobre este candente tema existen dos posiciones doctrinales. Hay autores que sostienen que el Estado miembro de origen del divorcio privado debe ser un Estado miembro en cuyo favor opere un foro de competencia internacional de los recogidos en el art. 3 RB II-ter. Y ello aunque no hay autoridad que pronuncia el divorcio. Se basan para ello en la dicción literal del art. 64 RB II-ter: “*La presente sección se aplica en materia de divorcio, separación legal y responsabilidad parental a los documentos públicos que hayan sido formalizados o registrados, y a los acuerdos que hayan sido registrados en un Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al capítulo II*”. Frente a ello, otros autores subrayan que ello no es posible por dos motivos. En primer lugar, porque no hay autoridad, así que mal se va a controlar la competencia de la autoridad que pronuncia el divorcio si tal autoridad no existe ni ha intervenido. Es un divorcio sin foro y si no existe foro, no procede controlar la competencia de la autoridad del Estado miembro de origen. En segundo lugar, ello supondría incluir una causa de

rechazo del reconocimiento de estos divorcios no contemplada en el art. 68 RB II-ter. De ese modo, los divorcios privados serían de peor condición que los divorcios con intervención de autoridad, en los que no es posible, de ninguna manera, controlar la competencia de la autoridad de origen. Existe una posición intermedia representada con firmeza y solvencia por la profesora PILAR JIMÉNEZ BLANCO (*vid.* PILAR JIMÉNEZ BLANCO, “La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos”, *CDT*, 2022, pp. 555-579). La profesora asturiana sostiene que, en realidad, los divorcios privados sin autoridad acordados en Estados miembros que no se corresponden con los señalados por el art. 3 RB II-ter están excluidos de los arts. 64-68 RB II-ter. Por tanto, no es que se rechace su validez extraterritorial, sino que no están cubiertos por dichos preceptos legales. La intención es buena: no permitir un turismo matrimonial a la francesa, ya que en teoría dos cónyuges sin relación alguna con Francia podrían acordar su divorcio y registrarlo en dicho país y posteriormente dicho divorcio debería ser reconocido en los demás Estados miembros. Un control de la competencia internacional preventivo. La profesora NURIA MARCHAL, sin embargo, opta por esa posición europea con acento francés fuertemente favorable a la libre circulación: los divorcios contractuales formalizados por los cónyuges en un Estado miembro, una vez registrados oficialmente en dicho Estado

miembro, circulan por toda la Unión Europea sin posibilidad alguna de controlar la competencia del Estado miembro donde han sido formalizados. Es una apuesta por la libre circulación de situaciones jurídicas, por la libertad de los cónyuges de divorciarse por contrato en el Estado miembro que así se lo permita (páginas 164-167).

7. Esta obra de NURIA MARCHAL ESCALONA cuenta con un aparato dogmático muy bien armado: un uso de la jurisprudencia verdaderamente exhaustivo y ponderado, un entramado de doctrina académica consultada y examinada que resulta admirable y una brillante y mesurada utilización de las múltiples fuentes del Derecho internacional privado europeo y español. Con dichas herramientas hermenéuticas no es de extrañar que la lectura de este *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, resulte placentera, estimulante y sugestiva. Por otra parte, *last but not least*, el lenguaje empleado por la autora y su modo de implementar la rica gramática castellana resultan también muy notables. En tiempos como los actuales en los que la palabrería y la corrección política *woke* invaden (también) el mundo del Derecho, volver a leer buen Derecho internacional privado en buen castellano es un placer altamente recomendable. Muy bienvenida sea, pues, esta obra sobre el divorcio no judicial en Derecho internacional privado firmada por NURIA MARCHAL ESCALONA.

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ (Directora). *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi, 1ª Edición, 359 págs.

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS
Profesora Titular
Universidad Nacional de Educación a Distancia
ORCID ID: 0000-0002-0748-6598

DOI: 10.20318/cdt.2023.7599

1. Esta obra colectiva ofrece una completa y rigurosa visión 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)*. En su elaboración han participado un total de ocho especialistas en Derecho internacional privado de diversas Universidades que se encuentran en diferentes momentos de su desarrollo académico como indica la directora en su presentación, la Prof^a. Beatriz Campuzano Díaz.

Durante la fase de elaboración, publicación y reciente entrada en vigor del Reglamento 2019/1111 han sido numerosos los estudios que se han publicado sobre el mismo. En lo que hace a la doctrina española destacan distintas monografías, artículos doctrinales que han tratado de ofrecer un diagnóstico general del texto o se han centrado en analizar un problema concreto, como también se han publicado comentarios en los que de forma detallada se ha ido analizando cada uno de sus preceptos. Todos y cada uno de estos trabajos ayudan comprender mejor un texto sobre el que se espera una importante y abundante práctica. De igual manera la obra objeto de esta recensión contribuirá al conocimiento y divulgación de uno de los instrumentos jurídicos más importantes que existen en el espacio judicial europeo sobre el derecho de familia internacional.

Con este fin la obra colectiva se divide en seis partes cada una integrada por distinto número de capítulos siguiendo la estructura del Reglamento 2019/1111.

2. La Primera parte o la Introducción a la obra, escrita por la Prof^a. M.^a Ángeles Sánchez Jiménez, se centra en el análisis del origen, los objetivos y los ámbitos de aplicación del texto. El único Capítulo que integra esta Parte, en primer lugar, traza el largo recorrido de modificación del texto que permite situar al lector en los prolegómenos de un instrumento largo y complejo y, en segundo lugar, realiza un profundo y detallado análisis de los distintos ámbitos de aplicación: territorial, temporal, espacial personal y material. Se detiene la autora en el estudio de forma más pormenorizada del ámbito *ratione materiae* del texto para poner de manifiesto: de un lado, los problemas que continuarán produciéndose como consecuencia de su limitado alcance en lo que a la materia matrimonial se refiere y, de otro, aunque se percibe un continuismo en relación con la limitación en torno a la responsabilidad parental, se incide en el tratamiento específico, como parte del ámbito material, de los supuestos de traslado o de retención ilícita de menores.

3. La regulación de las normas de competencia judicial internacional conforma la Segunda parte (del Capítulo 2 al Capítulo 8 donde se analiza también el derecho del menor a expresar sus opiniones).

Las profesoras M.^a Ángeles Sánchez Jiménez y Antonia Durán Ayago tratan, cada una de ellas respectivamente, la competencia judicial internacional en materia matrimonial (Capítulo 2), y la regla general en responsabilidad parental (Capítulo 3).

En el primero de los Capítulos citados, la Prof^a. Sánchez Jiménez es crítica con el continuismo respecto del texto anterior en relación, entre otros

aspectos, con la delimitación material del texto o a la persistencia en la aplicación de los foros de competencia judicial internacional nacionales. El trabajo no se queda en las críticas sino que la autora reflexiona y aporta cuáles, desde su perspectiva, hubieran sido las soluciones más adecuadas. En el Capítulo 3 el criterio de la residencia del menor sirve de eje para su desarrollo: su relevancia como foro principal de competencia (elemento no exento de críticas), su falta de definición y, en consecuencia, el obligado análisis de los datos que ayudan a concretarla son elementos desarrollados de forma detallada a lo largo del Capítulo. Junto a lo anterior la profesora Durán Ayago se detiene en el tratamiento de la *perpetuatio fori*, y como cuestión final con la que cierra el Capítulo analiza la necesaria existencia o no de la residencia del menor en un Estado miembro como conexión comunitaria para la aplicación del Reglamento 2019/1111.

El análisis de las reglas especiales de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental es objeto de estudio en el Capítulo 4, el Capítulo 5 y el Capítulo 6. El primero de ellos, escrito por la Prof^a. Beatriz Campuzano, profundiza en las normas de competencia en supuestos como: el derecho de visita (art. 8), la sustracción internacional de menores (art. 9) y la elección de foro (art. 10), deteniéndose, debido a las novedades que presenta, en el último precepto para analizar detalladamente las condiciones de su aplicación, la jurisprudencia del TJUE que ha servido de base para la modificación, así como indicando alguno de los problemas que el artículo puede presentar en su aplicación práctica.

Del Capítulo 5 se ocupa la Prof^a. Antonia Durán quien a lo largo del estudio recorre las reglas previstas en los artículos 11, 12, 13 y 14. Tras resaltar la invariabilidad de la redacción del artículo 11 respecto del anterior, se adentra en el análisis de los artículos 12 y 13 posicionándose en temas como: el empleo de la transmisión de la competencia a tribunales de Estados miembros que son ya competentes en base a las normas del Reglamento, o en relación con el uso de este expediente para la resolución de la litispendencia, desmarcándose con ello de la solución empleada por el artículo 20 del Reglamento 2019/1111 (en relación con el art. 12). En referencia al artículo 13 reflexiona en torno a la utilidad de este precepto para la concentración del pleito, cuando este tribunal sea el competente para conocer del divorcio y las partes no hayan hecho uso de la elección de foro previs-

ta en el artículo 10. La aplicación residual de las normas internas de competencia judicial internacional que contempla el artículo 14 no ha sufrido ninguna modificación respecto del anterior texto, circunstancia sobre la que la autora se muestra crítica apostando por la supresión de este foro y en este caso por la incorporación en el Reglamento de un foro de necesidad.

El Capítulo 6, escrito por la Prof^a. Campuzano Díaz, comprende el estudio de los artículos 15 y 16. En su desarrollo se detiene en las medidas provisionales y en la regulación de las cuestiones incidentales, precepto que no estaba recogido en el texto anterior y que es tributario de la jurisprudencia del TJUE, como resalta la autora.

Las reglas que se ocupan de regular las cuestiones vinculadas con la aplicación de las normas de competencia judicial internacional conforman el Capítulo 7 y ha sido elaborado por la Prof^a. Elena Cano Bazaga (artículos 17 al 20). Desde un comienzo, y aunque la autora trata de fijar su atención en las novedades que presenta la nueva regulación, no descuida reflexiones y aportaciones jurisprudenciales respecto de aquellos extremos que no han sido modificados. En el marco de estos preceptos las novedades se encuentran principalmente en el problema de la litispendencia y en concreto en dos supuestos que contempla la norma: la inaplicación del mecanismo de solución cuando la competencia de uno de los tribunales de un Estado miembro se basa en el artículo 15, y la nueva reglamentación cuando uno de los tribunales tiene competencia exclusiva conforme al artículo 10.1 b) ii del texto.

Por último, el Capítulo 8 está dedicado al análisis del artículo 21 relativo al derecho del menor a ser oído. A lo largo del trabajo la autora, la Prof^a. Antonia Durán, va dejando un sabor agríndice, de un lado, se congratula por la incorporación de este derecho en el texto, de otro lado, deja patente la oportunidad perdida, por parte del legislador europeo, para consolidar y garantizar el cumplimiento de este derecho que no supone, como se ha indicado, una obligación del menor a expresar su opinión.

4. La tercera parte del estudio, a cargo de Antonio J. Calzado, lo conforma el tratamiento de la Sustracción internacional de menores, Capítulos 9 y 10 de la obra. Se trata de una de las materias que en mayor medida ha sido modificada en el marco del Reglamento 2019/1111. La división en dos

Capítulos se corresponde con el trayecto que se suele recorrer en un supuesto de sustracción internacional de un menor: en primer lugar, el procedimiento que se ha de seguir hasta que se obtiene una resolución sobre la restitución del menor y, el segundo lugar, en el Capítulo 10 se adentra en el estudio del procedimiento siguiente a la orden de denegación de restitución, deteniéndose en el análisis del mecanismo de prevalencia.

5. La profesora M.^a Ángeles Rodríguez Vázquez es la autora de parte cuarta de la obra donde analiza el tratamiento del reconocimiento y la ejecución, de un lado de las resoluciones judiciales (Capítulos 11, 12 y 13) y, de otro de los documentos públicos y acuerdos (Capítulo 14). La superación del exequatur es uno de los elementos centrales del desarrollo de esta parte donde, tras enunciar cuáles eran los posibles modelos de supresión y por cuál finalmente se ha inclinado el Reglamento, concluye con una reflexión en torno a la complejidad práctica que puede acarrear la incorporación de dos modelos distintos en un mismo instrumento. En un primer epígrafe del Capítulo 11, la autora se centra en el estudio del denominado régimen general, planteando interrogantes, por ejemplo, en torno a la decisión española adoptada sobre la autoridad competente para emitir el correspondiente certificado (Anexo III y Anexo IV). El Capítulo 12 se detiene en el análisis del régimen de las denominadas resoluciones privilegiadas, dando cuenta tanto de los aspectos que no han sido modificados, por ejemplo, la continuidad en torno a las resoluciones que pueden considerarse privilegiadas, como de aquellos aspectos que sí han sido objeto de modificación: extremos relativos al certificado que ha de emitirse por la autoridad de origen y la denegación, en supuestos excepcionales, de la ejecución de la decisión. Es en el estudio de estos aspectos donde la autora más se detiene, aunque este último lo analiza en el Capítulo 13 relativo al procedimiento de ejecución. Por último la eficacia extraterritorial de los documentos públicos y acuerdos es objeto de desarrollo en el Capítulo 14. De un lado se analiza con profundidad la noción de documento público y de acuerdo poniendo sobre la mesa las dificultades que su calificación puede acarrear; de otro lado, el estudio de las especificidades que puede plantear la extensión del régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales tanto

a los documentos públicos como a los acuerdos es objeto de desarrollo.

6. La cooperación entre autoridades se divide en dos partes diferenciadas. Primera, el Capítulo 15, que contiene un desarrollo más general de la cooperación internacional de autoridades, escrito por la Prof.^a M.^a Dolores Adam Muñoz. Segunda, el Capítulo 16 dedicado al acogimiento transfronterizo de menores, escrito por la Prof.^a Elena Cano Bazaga. La consecución del interés del menor se configura como idea central que ha de presidir la intervención de las autoridades en los actos de cooperación que se lleven a cabo en el marco del Reglamento 2019/1111 en supuestos como: la transferencia de la competencia, la ejecución de una medida provisional o cautelar, la intervención en las situaciones de sustracción internacional de menores etc. Por último en el Capítulo 16 se desarrolla la modificación que en el Reglamento 2019/1111 ha tenido el acogimiento transfronterizo de menores, medida especialmente delicada en la práctica.

7. La última parte de la obra, escrita por las Prof.^{as} Ilaria Viarengo y Beatriz Campuzano, la conforman los preceptos dedicados a las relaciones del Reglamento 2019/1111 con otros Reglamentos de la UE (Capítulo 17), así como con otros Convenios internacionales, en particular con el Convenio de La Haya de 1980 y de 1996 (Capítulo 18). La temida fragmentación del pleito y la posible descoordinación entre los instrumentos de la UE que generalmente van a tener que aplicarse en el marco de un proceso de divorcio es objeto de análisis en el Capítulo 17. El Capítulo 18 analiza con detalle las modificaciones, eso sí puntuales, y las mejoras incorporadas en la regulación de la relación del nuevo texto con instrumentos convencionales como el Convenio de La Haya de 1996 y el de 1980, aportando una conclusión positiva en torno al nuevo articulado, aunque sin dejar de analizar aquellos aspectos que han quedado sin respuesta.

Sin duda la publicación de esta obra va a permitir un mayor conocimiento de las soluciones y de los problemas que plantea el Reglamento 2019/1111; en consecuencia, solo podemos recomendar su lectura tanto a quienes se inicien, como a quienes deseen profundizar en el estudio de un tema de gran actualidad y de enorme relevancia práctica.

E. GALLEGO SÁNCHEZ (Dir.). *Derecho Concursal y Preconcursal: Texto refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022*, de 5 de septiembre, 2 tomos, Valencia, Editorial Tirant lo Blanc, 2022.

JAUME LLORCA GALIANA
Profesor Ayudante de Derecho Mercantil
Universidad de Alicante

DOI: 10.20318/cdt.2023.7600

1. La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo ha supuesto un hito en la normativa concursal. Desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, hace ahora veinte años, la regulación jurídica del derecho de la insolvencia ha venido sufriendo constantes cambios y adaptaciones. La profunda crisis económica que llegó un tiempo después puso de manifiesto la insuficiencia de los instrumentos previstos en aquella norma y la rigidez del procedimiento concursal para hacer frente al notable incremento de concursos, obligando desde aquel momento inicial a efectuar atropelladas modificaciones en la normativa concursal. Esta constante situación de inestabilidad en la norma comportó que se tuviera que refundir las disposiciones sobre la materia, siquiera de manera provisional, para permitir afrontar una reforma de mayor calado que supusiera una apuesta decidida por homogenizar la normativa concursal y poner fin a la maraña jurídica existente hasta ese momento. Por tanto, la reciente Ley 16/2022 es una norma esperada que busca ofrecer una solución eficaz y con vocación de permanencia a los actuales problemas del derecho de la insolvencia, otorgando necesaria estabilidad jurídica y homogeneizando la normativa con los países europeos.

2. La obra objeto de reseña constituye un referente ineludible para aquellos que quieran abordar el conocimiento de la materia concursal y preconcursal en toda su extensión. La obra, publicada en octubre de 2022, supone un esfuerzo extraordinario de los autores para ofrecer, en un tiempo récord, la primera obra actualizada que

estudie, comente y analice, en su conjunto y de manera detallada, la normativa concursal. Ahora bien, el texto no se limita a reseñar los preceptos reformados, sino que, en un ejercicio sumamente ambicioso, desgrana en su totalidad la vigente y actualizada normativa de derecho concursal y preconcursal. La obra supera la tradicional sistemática de comentario por artículos, que provocaba una lectura compleja dadas las inevitables referencias que se deben realizar, optando por un comentario ordenado distribuido por materias, permitiendo una lectura ágil y fluida, sin descuidar la profundidad jurídica necesaria.

3. En la obra participan doce ponentes de prestigio reconocido en su campo, combinando la vertiente académica, que ofrece una depurada técnica dogmático-jurídica, con una vertiente práctica, que permite abordar el conocimiento de la materia desde una visión cercana a la realidad. En la obra se puede encontrar, dada la participación de los diversos expertos, un enfoque plural que muestra las diferentes perspectivas desde las que se puede enfocar el derecho concursal. Entre los autores podemos encontrar catedráticos y profesores de derecho mercantil, derecho internacional privado y derecho procesal de distintas universidades, así como magistrados especialistas en la materia, abogados, mediadores, economistas y administradores concursales, advirtiéndose una magistral labor de dirección y coordinación de la obra que, sin duda, constituye uno de los éxitos de esta.

4. El trabajo se estructura siguiendo la sistemática de la Ley Concursal. Se divide en dos tomos dada la extensión de la obra, que supera las

2.600 páginas. El primer tomo se inicia con la declaración del concurso, con amplia referencia a la declaración del concurso, abordando la directora de la obra, la catedrática GALLEGO SÁNCHEZ, los presupuestos subjetivos para la declaración y el magistrado FORTEA GORBE los presupuestos objetivos. Así mismo, el magistrado trata la legitimación, la solicitud del deudor y del acreedor, el auto de declaración y los concursos conexos. La catedrática CALAZA LÓPEZ analiza la figura del juez del concurso, especialmente la competencia y jurisdicción de este. Seguidamente, la catedrática GALLEGO SÁNCHEZ, aborda la regulación completa de la administración concursal, tratando de manera exhaustiva el nombramiento de esta, la aceptación, el ejercicio del cargo, la retribución, el cese, la responsabilidad, así como la figura de los auxiliares delegados. El magistrado BLANCO GARCÍA-LOMAS expone los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor, así como los deberes de comparecencia, colaboración e información del concursado. La catedrática CALAZA LÓPEZ trata los efectos sobre la representación y defensa procesal del concursado. Así mismo, la catedrática FERNÁNDEZ PÉREZ analiza los concretos efectos sobre la persona natural, especialmente en cuanto al derecho de alimentos del concursado y los prestados por parte del concursado, así como la posibilidad de solicitar la disolución de la sociedad conyugal. A su vez, la catedrática GALLEGO SÁNCHEZ trata estos efectos sobre la persona jurídica, con referencia a estos en cuanto a los órganos, los socios, las acciones contra los administradores, liquidadores, auditores y expertos. Los efectos sobre los créditos se tratan por la catedrática CALAZA LÓPEZ, realizando un análisis sobre la suspensión del devengo de intereses, la compensación, la suspensión del derecho de retención y la interrupción de la prescripción. Los efectos sobre los contratos se tratan por el magistrado BLANCO GARCÍA-LOMAS, desgranando todos los efectos que provoca el concurso en estos, su resolución, el derecho a la rehabilitación de los contratos, los efectos sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos, así como sobre los contratos con las administraciones públicas. El magistrado Fuentes Devesa se encarga de estudiar la masa activa en cuanto a su composición, inventario, conservación, enajenación de bienes y derechos de esta, así como la reintegración y reducción de la masa activa. El letrado ALONSO SAURA trata la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una

o varias unidades productivas y el nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva.

5. El segundo tomo se inicia analizando los créditos contra la masa activa, su régimen y especialidades en caso de insuficiencia por parte de la profesora Thomàs Puig, quien también trata, en cuanto a la integración de la masa pasiva, la comunicación y reconocimiento de créditos. El magistrado FORTEA GORBE aborda la clasificación de los créditos concursal y la lista de acreedores. A su vez, el letrado OCAÑA MARTÍN analiza el informe de la administración concursal, la impugnación del inventario y de la lista de acreedores, así como la modificación de la lista definitiva de acreedores, haciendo especial referencia a los efectos de la modificación. El profesor MOYA BALLESTER estudia la importancia del convenio, la propuesta, la aceptación de esta y la eficacia del convenio. El magistrado BLANCO GARCÍA-LOMAS trata la apertura de la fase de liquidación, sus efectos, las operaciones de liquidación, los informes trimestrales, la consignación preventiva y la prolongación indebida de la liquidación. El magistrado FORTEA GORBE analiza el pago a los acreedores concursales, la calificación del concurso y la sección de calificación. Nuevamente, la catedrática GALLEGO SÁNCHEZ trata las causas de conclusión del concurso, su régimen, la rendición de cuentas, los recursos, la publicidad y sus efectos. La exoneración del pasivo insatisfecho y la reapertura del concurso se abordan por la catedrática FERNÁNDEZ PÉREZ, así como las especialidades del concurso por la persona del deudor y el concurso de la herencia. La catedrática CALAZA LÓPEZ estudia las cuestiones procesales en cuanto a la tramitación del procedimiento, el incidente concursal, los recursos, la publicidad telemática, los edictos, los mandamientos y el Registro público concursal.

6. En cuanto al Derecho preconcursal, se desgrana por la catedrática FERNÁNDEZ PÉREZ los presupuestos subjetivos y objetivos del precurso y la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores y sus efectos. El profesor MOYA BALLESTER se encarga de estudiar los planes de reestructuración, sus clases, los créditos afectados, la adopción y aprobación del plan, la homologación judicial, el incumplimiento de este y la novedosa figura del experto en la reestructuración. Por lo que se refiere al igualmente novedoso procedi-

miento especial para microempresas, se trata por la catedrática FERNÁNDEZ PÉREZ los presupuestos subjetivos y objetivos, la apertura del procedimiento, su tramitación y efectos, así como el régimen transitorio. En cuanto al procedimiento de continuación se estudia por la profesora Iñiguez Ortega, con referencia a la tramitación del plan de continuación, la aprobación y homologación del plan, sus vicisitudes y las medidas de solicitud del procedimiento de continuación. El procedimiento de liquidación es abordado por el magistrado BLANCO GARCÍA-LOMAS, tratando la tramitación, las medidas, especialidades y la calificación abreviada del procedimiento especial. La catedrática GALLEGO SÁNCHEZ estudia las causas y el régimen de conclusión del procedimiento.

Por último, la profesora RODRÍGUEZ RODRIGO aborda las normas de Derecho internacional privado que afectan al concurso como la competencia judicial internacional y la ley aplicable al procedimiento principal, el reconocimiento de procedimientos extranjeros de insolvencia, la coordinación entre procedimientos paralelos y las especialidades del Derecho preconcursal en el Derecho internacional privado.

7. Por tanto, se trata de una obra con un detalle completo de la normativa concursal, que analiza de manera sistemática y ordenada la vigente regulación desde un enfoque teórico-práctico. La obra destaca por ofrecer un exhaustivo análisis del derecho concursal, asentando conceptos teóricos de manera combinada con resoluciones judiciales, no solamente del Tribunal Supremo, sino la denominada *jurisprudencia menor* que revista un carácter esencial en la práctica del derecho concursal y que permite que los operadores jurídicos conozcan las diferentes respuestas que se ofrecen ante los distintos problemas que se pueden plantear en su aplicación.

8. Cabe destacar que, como se ha mencionado anteriormente, no se trata de una obra que únicamente haga referencia a las recientes reformas legislativas, pero es indudable la trascendencia que

estas tienen para comprender la posición que ha adoptado el legislador, por lo que en el inicio de cada sección se incluye un apartado que, de manera resumida, expone las más destacadas novedades introducidas por la Ley 16/2022 y que, sin duda, facilita enormemente la comprensión del apartado analizado. Igualmente, la obra aborda las materias que, pese a la aprobación del texto refundido, no han entrado en vigor, por lo que se combina las disposiciones del texto refundido con la disciplina actualmente vigente, como así sucede con especial intensidad en lo que se refiere al régimen jurídico de la administración concursal, cuya demora es notable en lo que se refiere a la aprobación del estatuto del administrador. Asimismo, en la parte final de cada apartado se contiene una relación de la bibliografía utilizada más relevante que permite conocer las fuentes de la excelente labor de investigación llevada a cabo por los autores, así como contrastar su contenido.

Asimismo, cabe recalcar que se trata de la primera obra que publica de manera completa, tras la entrada en vigor de la Ley 16/2022, todo el régimen jurídico del derecho concursal y preconcursal, quedando reflejado el enorme esfuerzo de los doce autores para hacer realidad una obra de esta relevancia.

Todo ello convierte a esta obra en una herramienta perfecta para todos los profesionales relacionados con el derecho concursal y preconcursal, desde los abogados que asesoran jurídicamente al deudor o acreedor, los economistas que lo hacen financieramente, pasando por los jueces que deben aplicar las normas, así como todos aquellos otros operadores e interesados que deseen conocer el derecho concursal y preconcursal vigente en toda su extensión.

No cabe duda de que el Derecho concursal es una vertiente del Derecho mercantil que está directamente conectada con la realidad empresarial, obligando ello a adoptar decisiones de manera ágil y eficaz. Por ello, el vasto análisis de la normativa y de las diferentes respuestas judiciales, convierten a esta obra en imprescindible para los operadores del Derecho de la insolvencia.

ISABEL ANTÓN JUÁREZ. *Litigación internacional en la Unión Europea (VI)*.
El proceso monitorio europeo, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2022,
357 pp.

M^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ
Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Sevilla

DOI: 10.20318/Cdt.2023.7601

1. En el volumen VI de la Colección dedicada a la *Litigación internacional en la Unión Europea*, dirigida por los profesores A.L. Calvo Carravaca y J. Carrascosa González, la profesora I. Antón Juárez realiza un estudio del *Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo*, en el que además de analizar de forma minuciosa su regulación, ofrece una visión de conjunto de todo el entramado normativo aprobado por el legislador europeo para facilitar el cobro de las deudas transfronterizas.

2. El *Capítulo Primero* de la obra sirve para enmarcar la materia objeto de estudio exponiendo la autora el origen y la razón de ser del proceso monitorio europeo. La morosidad es una de las principales causas de insolvencia que sufren las empresas, lo cual provoca importantes pérdidas de empleos, que agravan la situación de crisis económica y obstaculizan el adecuado funcionamiento del mercado interior. De ahí que las instituciones europeas hayan prestado especial atención a este problema, elaborando varios instrumentos sobre la tutela del crédito mediante el establecimiento de procedimientos especiales. Uno de ellos es el *Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo*. Ahora bien, este Reglamento no armoniza las distintas legislaciones nacionales puesto que desde primera hora la idea fue crear un proceso uniforme con unas características propias. Por ello, para su elaboración se tuvo muy presente cómo eran los procesos monitorios de

los Estados miembros y de ahí que la profesora Antón Juárez estudie cuál es su regulación en Alemania, Francia, Portugal, Italia y España, países que representan los dos tipos de técnicas monitorias seguidas en los países europeos: el modelo puro y el modelo documental. El análisis de estas legislaciones nacionales sigue el mismo patrón al exponerse su ámbito de aplicación, la solicitud de requerimiento de pago y la oposición del deudor.

3. El estudio propio del Reglamento 1896/2006 se inicia en el *Capítulo Segundo*, en el que la profesora Antón Juárez describe el ámbito de aplicación del proceso monitorio europeo, es decir, qué créditos pueden reclamarse mediante este proceso, así como cuál es su ámbito de aplicación temporal, territorial, material y personal. Para facilitar la comprensión de todos estos aspectos, la autora combina la explicación teórica con la práctica, al analizar la jurisprudencia del TJUE y poner distintos ejemplos que aclaran las distintas cuestiones que va abordando. Además, en este Capítulo se analiza la relación de este Reglamento con el Reglamento Bruselas I bis y con el Reglamento de notificaciones, normas obligadas a convivir para el correcto desarrollo del proceso.

4. La multiplicidad de instrumentos existentes para facilitar el cobro de las deudas transfronterizas puede generar al operador jurídico el problema de identificar qué Reglamento es el aplicable al caso concreto o cuál de ellos le puede llevar a conseguir su objetivo al menor coste posible. Esta difícil cuestión es resuelta por la profesora Antón Juárez en el *Capítulo Tercero* del libro (el más extenso de todos) en el que analiza el *Reglamen-*

to (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía; el Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados y el Reglamento (UE) n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil. La capacidad de trabajo de la autora queda sobradamente demostrada, puesto que realiza un riguroso estudio de cada uno de estos Reglamentos, acompañado de una completa bibliografía, y un análisis de la jurisprudencia del TJUE así como de la dictada por los órganos jurisdiccionales españoles. Los ejemplos que se van intercalando al hilo de las distintas reflexiones resultan muy clarificadores respecto a cuándo debe aplicarse un instrumento u otro. Además, y con el objetivo de facilitar al lector la tarea de comparación entre los cuatro Reglamentos, el Capítulo concluye con unas tablas elaboradas por la propia autora.

5. En el *Capítulo Cuarto* se aborda el estudio de la determinación del tribunal competente en el proceso monitorio europeo. La remisión que se realiza al Reglamento Bruselas I bis obliga a la autora a estudiar los distintos foros consagrados en este instrumento, sus requisitos, condiciones de aplicación, así como las principales Sentencias del Tribunal de Justicia que han interpretado los múltiples problemas que su aplicación práctica ha puesto de relieve. Un apartado especial está dedicado al análisis de la competencia judicial internacional en el caso de deudas derivadas de contratos celebrados por consumidores, cuando los demandados son precisamente esta parte débil puesto que el único foro que otorgaría competencia a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para emitir un requerimiento europeo de pago es el del domicilio del deudor.

6. Todas las cuestiones que plantea la solicitud del requerimiento europeo de pago, los plazos, así como la tramitación del proceso monitorio europeo, son estudiadas por la Dra. Antón Juárez en el *Capítulo V*, debiéndose resaltar por su importancia el epígrafe que dedica a la notificación al deudor y el respeto de sus derechos de defensa. Si

es cierto que la notificación se rige por la *lex fori* el órgano jurisdiccional debe tener presente que tiene que seguir alguna de las formas previstas en los arts. 13 a 15 del Reglamento, con independencia del país en el que se encuentre el domicilio del deudor. Como bien aclara la autora esto no implica que los Estados miembros deban modificar sus legislaciones nacionales, sino que deben tener en cuenta alguna de esas formas al notificar. Una vez que el deudor ha recibido la notificación del requerimiento europeo de pago puede adoptar distintas posiciones (pagar, oponerse o mantener una actitud pasiva), que son analizadas prestando especial atención a su encaje en la LEC y a la jurisprudencia dictada por los órganos jurisdiccionales españoles. De forma análoga a como hizo en sede de competencia judicial internacional, la profesora Antón Juárez trata de forma separada la posición del consumidor en el proceso monitorio europeo, puesto que se trata de una cuestión que el Reglamento no deja clara y que ha tenido que ser resuelta por el TJUE en el asunto Bondora, como consecuencia de dos cuestiones prejudiciales planteadas por dos juzgados españoles.

7. En los *Capítulos Sexto y Séptimo* se abordan, de forma ya más resumida, el estudio de la revisión del requerimiento europeo de pago (por las causas que se tasan en el art. 20 del Reglamento) y su articulación en el Derecho procesal español, así como la fase final relativa a la ejecución del requerimiento europeo de pago. Un aspecto clave del Reglamento para facilitar al acreedor el cobro de la deuda es la supresión del exequátur. Si el órgano jurisdiccional de origen expide el requerimiento europeo de pago porque se cumplen las condiciones exigidas, éste se ejecutará directamente en los demás Estados miembros, limitándose los motivos por los que el deudor puede oponerse a la ejecución a los enumerados en el art. 22 (incompatibilidad de resoluciones o el pago por el demandado del importe fijado en el requerimiento europeo de pago). En este punto, la autora se detiene para analizar la polémica cuestión doctrinal de si también podrían incluirse los motivos de oposición recogidos en la *lex fori* (en concreto, los previstos en el art. 556 LEC). A su juicio, opinión que compartimos, dichos motivos podrían tenerse en cuenta siempre y cuando no impliquen una revisión sobre el fondo, es decir, deben ser motivos de oposición procesales (por ejemplo, la caducidad de la acción ejecutiva). El procedimiento de

ejecución *stricto sensu* del requerimiento europeo de pago se regirá por lo dispuesto en el derecho nacional, sin perjuicio de lo previsto en el Reglamento en sus arts. 21 a 23 y de ahí que la autora finalice el último capítulo analizando el Título III de la LEC, en especial los arts. 571 a 579.

8. Todas las conclusiones a las que la profesora Antón Juárez llega así como las críticas que

realiza a las debilidades de esta regulación están fundamentadas en la numerosa jurisprudencia y bibliografía que se recoge en las más de ochocientas notas a pie de página. Por todo ello solo nos queda afirmar que el presente libro constituye una obra de obligada consulta para todos aquellos operadores jurídicos que quieran estudiar el proceso monitorio europeo y los otros instrumentos europeos para la tutela del crédito transfronterizo.

AA.VV. ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT y CÉSAR HORNERO MÉNDEZ (Dirs.). DAVID CARRIZO AGUADO (coord.). *Régimen patrimonial de las uniones registradas: aspectos estatales y supraestatales (a propósito del Reglamento UE 2016/1104)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 326 pp., ISBN: 978-84-1124-194-6

ALFONSO YBARRA BORES
Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
ORCID ID: 0000-0001-6129-1161

DOI: 10.20318/cdt.2023.7602

1. Las uniones registradas conforman un modelo de organización familiar de creciente relevancia en la sociedad de nuestros días. Por complejos, tanto los perfiles de la figura como los efectos que despliega son objeto frecuente de atención -fragmentada- de la doctrina científica en los planos interno e internacional. En lo que atañe a tales efectos, más concretamente a su contenido patrimonial, la realidad jurídica de nuestro sistema ofrece peculiaridades que requieren de un detallado estudio. A ello responde la presente obra colectiva, elaborada en el marco de la rica actividad investigadora del proyecto de I+D+i “Retos de la regulación jurídico-patrimonial del matrimonio y de otras realidades (uniones de hecho) en los planos supraestatal y estatal (REJURPAT)” y de la activa tarea formativa de la Cátedra de Derecho Notarial Internacional y Comparado (CDNIC) entre el Ilustre Colegio Notarial de Andalucía y la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide, cuyo investigador principal y director, respectivamente, es el primero de los directores de la obra misma.

2. Uno de los aciertos de la misma consiste en la transversalidad de la óptica de estudio de la materia. En efecto, no sólo se abordan los planos supraestatal y estatal de del contenido patrimonial de las uniones registradas, sino que, dentro de éste, se contemplan las perspectivas civil, tributaria, notarial o de la seguridad social; a ello se añade la inclusión de un estudio de Derecho comparado, esencial en cualquier obra jurídica de nuestro tiempo. El elenco de diez autores obedece

asimismo a la riqueza y variedad de procedencias profesionales y académicas, lo que da a la obra un plausible resultado de globalidad o completud.

3. La colaboración que abre plaza atiende a la lógica de iniciar el libro con un análisis de la definición y tipología de las uniones registradas en perspectiva comparada, escrita por Antoni Bosch Carrera (Notario de Barcelona). En ella acertadamente se incluyen reflexiones acerca del fenómeno social de la convivencia no matrimonial, del problema terminológico o de la tipología de uniones. En lo que se refiere a la perspectiva comparada propiamente dicha, el autor maneja un doble criterio técnico: por una parte, se introduce en el complicado panorama de las legislaciones autonómicas dentro de España, en lo que se refiere tanto a las competencias normativas de las CC.AA. como a los requisitos constitutivos de las uniones civiles reguladas por ellas; por otra parte, el autor concluye su texto con un análisis comparativo del pacto civil de solidaridad francés (PACS) así como de la unión regulada por la Ley 76/2016 italiana.

4. Seguidamente se contienen en la obra dos trabajos sobre los aspectos materiales de los efectos patrimoniales en el Derecho interno español, elaborados por sendos profesores de Derecho civil de la Universidad Pablo de Olavide, que se complementan entre sí a la vez que aportan una visión detallada y crítica de nuestra peculiar realidad normativa; recuérdese que tienen dispar naturaleza las legislaciones de las CC.AA. (unas con

Derecho civil propio y otra no) y que el Tribunal Constitucional ha declarado contrarias a la Carta Magna algunas de ellas.

5. La primera de estas dos contribuciones, a cargo de María Serrano Fernández, se centra precisamente en la heterogeneidad del marco normativo de las uniones registradas en el sistema español. La Catedrática parte de la esencial distinción entre uniones estables *versus* uniones estables registradas, únicas en las que centra su estudio. El mismo comienza con la explicación de las razones de la complejidad y heterogeneidad del marco normativo patrio, para continuar con la proyección de los caracteres del registro de uniones en el Reglamento (UE) 2016/1104 sobre las normativas autonómicas españolas aportando importaciones consideraciones prácticas. La lucida colaboración finaliza con el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el contenido de las normas autonómicas reguladoras de las parejas de hecho.

6. La segunda de las contribuciones de contenido civilista, escrita por César Hornero Méndez, tiene por título “La problemática jurídico-patrimonial de las uniones registradas (o no) en el Derecho español”. La misma comienza con una serie de constataciones acerca de las uniones de hecho como modelo de relación de pareja y/o familiar, entre las que destaca que, pese a su carácter fáctico, tiene consecuencias jurídicas; que la regulación *ad hoc* de la figura puede no ser la mejor solución para ella; y que el Reglamento europeo de 2016 puede ayudar, aunque limitadamente, a esta cuestión. Efectuando unas interesantes reflexiones acerca de los efectos personales de las uniones registradas (de lo que no se suele ocupar la doctrina ni el legislador), el autor pasa a detenerse en los efectos económicos de las mismas, en particular en la utilidad de los pactos patrimoniales durante su convivencia y en los problemas o conflictos que desencadena la extinción de ésta.

7. La cuarta colaboración de este libro colectivo, obra de Mónica Arribas León (Profesora Titular de Derecho financiero y tributario de la Universidad Pablo de Olavide), afronta las relaciones entre las uniones registradas con el impuesto de sucesiones, distinguiendo dos bloques. El primero de ellos, tras unas consideraciones generales acerca de este tributo en la UE, aborda detallada-

mente el tratamiento de la imposición sucesoria a las uniones registradas en los trece de los Estados miembros de la misma que regulan tal imposición, pues los trece restantes o bien no gravan las transmisiones *mortis causa* o bien no contemplan la unión registrada; este capítulo concluye con un excelente, por claro y preciso, cuadro-resumen sobre la cuestión. El segundo bloque de esta colaboración se ciñe al tratamiento de la imposición sucesoria a esta figura en España, que había quedado fuera del análisis en el bloque anterior; en él se distinguen, de manera sistemática y detallada, tres grupos de normas: la estatal, la autonómica de 15 regiones (con su correspondiente cuadro-resumen final) y la foral (de cada una de las tres provincias vascongadas y de Navarra).

8. El quinto trabajo se dedica exclusivamente a la función notarial respecto de las uniones registradas, a cargo de María de los Reyes Sánchez Moreno (Notaria de Alicante). Acertadamente, se analiza en primer término la situación en España, donde la autora distingue las fases de la intervención del fedatario en la constitución de la pareja, en la fijación de su régimen patrimonial, en su extinción, en los derechos sucesorios de los miembros de la pareja y en la disposición de la vivienda habitual. Seguidamente desarrolla detalladamente el papel del Notario frente a las uniones internacionales al hilo de las novedades aportadas por el Reglamento (UE) 2016/1104; en particular se centra en la elección de la Ley aplicable a los efectos patrimoniales de la unión (condiciones, límites y forma) así como en la concreción del ordenamiento aplicable en defecto de elección, sin ignorar la controvertida cuestión en nuestro sistema de los conflictos interregionales.

9. Las nuevas condiciones para el reconocimiento en España del derecho a la pensión de viudedad de las uniones registradas son el objeto del sexto capítulo, elaborado por Cristina Blasco Rasero (Profesora Titular de Derecho del trabajo y de la seguridad social de la Universidad Pablo de Olavide). En él la autora efectúa un recorrido normativo y jurisprudencial sobre las distintas etapas del reconocimiento de este derecho en nuestro sistema. Si en la primera el mismo se limitó al cónyuge supérstite, en la actual se ha extendido el mismo al miembro sobreviviente de la pareja registrada; de ahí que, de forma clara y exhaustiva, se aborde, en primer lugar, el concepto de

pareja de hecho en el vigente Derecho de la seguridad social y, seguidamente, el impacto de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, en las condiciones económicas exigidas para tener derecho a la pensión de viudedad en nuestro país. La colaboración finaliza con el estudio de esta prestación en los supuestos de extinción de la unión registrada.

10. Los cuatro capítulos restantes de esta completa y brillante obra colectiva se dedican a los aspectos de Derecho internacional privado al hilo del Reglamento (UE) 2016/1104, siguiendo una secuencia lógica y sistemática de materias que se inicia con la colaboración de Andrés Rodríguez Benot (Catedrático de la materia en la Universidad Pablo de Olavide) acerca de su ámbito de aplicación (distinguiendo, en lo material, la delimitación positiva y negativa), así como de las nueve definiciones contenidas en su artículo 3. Desde la posición privilegiada de haber participado en las negociaciones de este instrumento y del paralelo 2016/1103, tanto en la Comisión Europea como en el Consejo de la UE, el autor aporta claridad sobre aspectos discutidos del primero de ellos, hasta el punto de que sus criterios en buena medida pueden considerarse interpretación auténtica. De entre tales aspectos nos limitaremos a señalar la naturaleza constitutiva/declarativa del registro (el profesor estima que abarca ambos tipos de registros nacionales) o su carácter obligatorio (el autor entiende que lo obligatorio, para que una unión esté cubierta por el Reglamento, es su inscripción, no el registro en sí mismo).

11. El octavo capítulo, a cargo de Mercedes Soto Moya (Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada), aborda la determinación de la autoridad competente en el Reglamento (UE) 2016/1104. Tras unas cuestiones previas de necesario tratamiento para acometer la tarea, la profesora estudia detallada y pedagógicamente, por una parte, la acumulación de competencias (*vis atractiva*) que se produce cuando ya existe una autoridad conociendo de la sucesión *mortis causa* de uno de los miembros de la pareja (artículo 4) o de la extinción de ésta (artículo 5); por otra parte, el bloque en que se insertarían la sumisión (tácita o expresa) y los “otros casos” previstos en el artículo 6; a continuación, los foros sucesivos, esto es la competencia alternativa, la subsidiaria y el *forum necessitatis* (artículos 8 a 10); y, por último, las medidas provisionales

(artículo 19). El capítulo concluye con un atinado análisis de la concurrencia de procedimientos ante las autoridades de distintos Estados miembros que apliquen este instrumento.

12. La penúltima colaboración, que tiene por objeto la determinación de la Ley aplicable en el marco del Reglamento (UE) 2016/1104, ha sido escrito por Laura García Álvarez (Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional privado de la Universidad Pablo de Olavide). De manera lógica y sistemática, afronta en primer término la elección del Derecho aplicable, con sus limitaciones, requisitos (formales, sustantivos, subjetivos y temporales) y sus efectos. En segundo lugar aborda la determinación del ordenamiento aplicable en defecto de elección válida conforme a lo dispuesto en el artículo 26, incluyendo la compleja cláusula de excepción de su apartado 2. Seguidamente se detiene en la concreción del ámbito de aplicación de la *lex causae*, con las soluciones especiales que lo matizan o excepcionan (derechos de terceros, normas de orden público y adaptación de los derechos reales). A continuación la autora tiene el mérito de analizar, con solvencia, las reglas sobre remisión, como aplicable, al ordenamiento de un Estado plurilegislativo (cuya aplicación en nuestro sistema tan compleja resulta). Finalmente se estudian algunos de los clásicos problemas técnicos de aplicación de la norma de conflicto como son el reenvío, la excepción de orden público y la adaptación de los derechos reales.

13. El análisis del Reglamento (UE) 2016/1104, y de toda la obra, se lleva a cabo con el capítulo elaborado por Nuria Marchal Escalona (Profesora titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada) sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y de documentos públicos extranjeros. Para ello se estudian al inicio los factores condicionantes del reconocimiento, a saber, la caracterización de “decisión judicial” o de “documento público”; la pluralidad normativa; los problemas de calificación; y la eficacia pretendida. Tras ello, la autora se adentra con admirable profundidad tanto en el procedimiento de reconocimiento de resoluciones judiciales propiamente dicho como en las condiciones para dicho reconocimiento, así como, posteriormente, en la eficacia probatoria, ejecutiva y registral de los documentos públicos extranjeros (aspectos, todos ellos, que la profesora domina con acreditada capacidad).

14. La valoración global de esta obra colectiva no puede ser más que sobresaliente por una serie de consideraciones. Primera, la visión integradora de la materia (interna e internacional, privada y pública), que hacen de la misma un caso raro en nuestra doctrina. Segunda, la riqueza de aproximaciones profesionales y académicas a los dis-

tintos aspectos tratados. Y tercera, la profundidad científica, a la vez que la utilidad práctica, de todos los capítulos, lo que hace de la obra un referente indispensable para todo profesional o estudioso que, a partir de ahora, quiera aproximarse a esta materia por el definitivo progreso que en el estado de este sector aporta.